Das Wesen der Pflegschaft im Gegensatz zur Vormundschaft und elterlichen Gewalt.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Ehrlich
aus Berlin.

Approbiert am 6. März 1929.

Erlangen 1929.
Universitäts-Buchdruckerei von Junge & Sohn.

29:292

Referent: Geheimer Justizrat Univ.-Professor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung: Unterschied zwischen Pflegschaft und Vormundschaft . . 7

B. Elterliche Gewalt 10

I. Elterliche Gewalt des Vaters 11

1. Sorge für die Person 11

2. Sorge für das Vermögen 15

3. Nutznießung 16

II. Stellung des Vormundschaftsgerichts 17

III. Elterliche Gewalt der Mutter 18

IV. Ruhen der elterlichen Gewalt 20

V. Beendigung der elterlichen Gewalt des Vaters 25

C. Vormundschaft 27

I. Vormundschaft über Minderjährige 27

1. Anordnung der Vormundschaft 27

2. Führung der Vormundschaft 31

3. Beendigung der Vormundschaft 33

II. Vormundschaft über Volljährige 34

D. Pflegschaft 36

I. Einzelne Fälle 37

1. Ergänzungspflegschaft. (§ 1909 BGB.) 37

2. Gebrechlichkeitspflegschaft. (§ 1910 BGB.) 41

3. Abwesenheitspflegschaft. (§ 1911 BGB.) 46

4. Leibesfruchtpflegschaft. (§ 1912 BGB.) 48

5. Pflegschaft für unbekannte Beteiligte (§ 1913 BGB.) . 50

E. Pflegschaft, elterliche Gewalt und Vormundschaft im Verhältnis zueinander 51

I. Pflegschaft neben elterlicher Gewalt und Vormundschaft . . . 51

II. Pflegschaft neben Pflegschaft. (§ 1909, I u. § 1915, I BGB.) 61

III. Vormundschaft neben elterlicher Gewalt. (§ 1676 u. § 1696 BGB.) 62

Literaturverzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht Bd. 41, Heft 1, Berlin 1915; herausgeg. von Kohler, Ring, Oertmann.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl, Berlin, Leipzig 1927.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs, 3./4. Aufl., Berlin 1926.

Boehm: Das Vormundschaftsrecht, Hannover 1899.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, II. Bd., 2. Abtl., 7./8. Aufl., Jena 1924.

Crome: System des bürgerlichen Rechts, IV. Bd., Tübingen 1908.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, IV. Bd., 4. Aufl., Halle 1908.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Abtlg., 8./9. Aufl., Berlin 1908.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Abtlg., 4. Bearbeitung 1923 und 18./20. Aufl., Marburg 1928.

Entscheidungen des Bayer. Obersten Landesgerichts. (Bayer. Ob.LG.)

Entscheidungen des Kammergerichts. (KG.)

Entscheidungen der Oberlandesgerichte, diverse. (OLG.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RG.)

Fuchs: Kommentar zum Familienrecht, III. Abschnitt Vormundschaftsrecht, München 1909.

Gehring: Elterliche Personengewalt und Vertrag nach BGB., Berlin 1920.

Hesse: Deutsches Vormundschaftsrecht, Berlin 1900.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. (Iherings J.)

Juristische Wochenschrift: XXXII. Jahrg., Nr. 7 u. 8, S. 60 ff., Berlin 1903.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, III. Bd., 1. Teil, Berlin 1915.

Kübler: Geschichte des römischen Rechts, Leipzig 1925.

Lent: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Berlin 1925.

Lindemann-Soergel: Kommentar zum BGB., 2. Aufl., Berlin 1923.

Mannheimer: Die Pflegschaft neben der elterlichen Gewalt, Heidelberg 1914.

Meene: Pflegschaft neben elterlicher Gewalt und Vormundschaft, Greifswald 1905.

Niestroj: Vormundschaftsrecht und Vormundschaftsführung, Freiburg 1925.

Opet von Blume: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. IV, Berlin 1906.

Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, III. Aufl., 1906.

Planck-Unzner: Bd. IV, Lfg. 1 u. 2, 1924|27.

Reichsgerichtsrätekommentar, 5. Aufl. 1923 u. 6. Aufl. 1928. (RGRK.)

Richter: Das Vormundschaftsrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1897.

Rothe: Die elterliche Gewalt nach dem BGB., Berlin 1905.

Schiedermair: Jugendwohlfahrtsgesetz und Bayer. Jugendamtsgesetz. München 1926.

Schultetus: Handbuch des Vormundschaftsrechts, Berlin 1899.

Schultheis: Der deutsche Vormundschaftsrichter, Berlin 1900.

Sehling: Kirchenrecht, Teil II, Berlin und Leipzig 1927.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. (Seuff. A.)

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Bd., 3. Aufl., Berlin 1926.

Staudinger: Kommentar zum BGB., 4. Bd., 4. Lfg., 9. Aufl., München 1926.

Sydow-Busch: Handausgabe zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., Berlin und Leipzig 1926.

Titze: Familienrecht, Berlin 1924.

Warneyer: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 12./13. Lfg., Tübingen 1926.

Zentralblatt für Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgerziehung. (Fürsorge Z.)

A. Einleitung.

Unterschied zwischen Pflegschaft und Vormundschaft.

Die wichtigste Quelle und das Vorbild für die im BGB. vorhandenen Bestimmungen über Vormundschaft ist die preußische Vormundschaftsordnung von 1875. Auf der Grundlage dieses Gesetzes ist dieses Institut dann weiter präzisiert worden. Besonders dadurch, daß das BGB. auch die elterliche Gewalt der Mutter zuläßt, ist die Anzahl der Vormundschaften sehr eingeschränkt worden. Das Vormundschaftsrecht des BGB. hat sich nach Kohler[1]) in keiner Weise bewährt, der es als „Dilettantensystem" bezeichnet.

Sowohl Pflegschaft wie Vormundschaft sind Staatseinrichtungen zum Schutze und zur Fürsorge für diejenigen, die überhaupt nicht oder nur in ganz ungenügender Weise für sich oder für ihr Vermögen eintreten können. Die Vormundschaft tritt jedoch nur dann ein, wenn das Schutzbedürfnis auf dem Mangel an voller Geschäftsfähigkeit beruht. Bei der Pflegschaft dagegen handelt es sich mit Ausnahme der Sammelpflegschaft stets um Fürsorge für schutzbedürftige Personen, es kommen dort die Fälle von BGB. § 1909, 1 und § 1903, 3, ferner die Fälle der §§ 1910—13 und 1960 und 1975 in Betracht. Fast alle für die Vormundschaft in Betracht kommenden Bestimmungen finden nach § 1915 BGB. mit wenigen Ausnahmen auf die Pflegschaft entsprechende Anwendung. — Nachstehend sollen nun im einzelnen die Gesichtspunkte untersucht werden, in denen die beiden Einrichtungen sich grundlegend unterscheiden.

Die Vormundschaft hat im BGB. eine weit umfassendere Regelung als die Pflegschaft gefunden. Dieses Institut ersetzt die elterliche Gewalt, sowohl in der Person wie in der Vermögensfürsorge. Das Institut regelt also sämtliche Rechtsbeziehungen des Mündels unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Fürsorge. Eine Pflegschaft dagegen wird nur angeordnet, wenn ein Schutzbedürfnis für eine individuelle Angelegenheit oder für einen numerus clausus von Angelegenheiten besteht. Die Unterscheidung zwischen beiden Einrichtungen ist aber oft sehr unklar durchgeführt, am deutlichsten

1) Kohler, III. Bd., 1. Teil, siehe Vormundschaft.

tritt dies bei der Gebrechlichkeitspflegschaft nach § 1910 Abs. 1 BGB. hervor, wo sie einer Vormundschaft fast gleichkommt, nur mit der Einschränkung, daß die Pflegschaft mit Zustimmung des Pflegebefohlenen angeordnet werden darf und daß dieser in seiner Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt wird [2]).

Beide Institute können sowohl für einen kurzen Zeitraum als auch — da ja stets auf das Schutzbedürfnis abzustellen ist — für eine längere Zeitspanne zu einem bestimmten Zweck in Anspruch genommen werden. Pfleger und Vormund sind gesetzliche Vertreter des Schutzbedürftigen. — Ein weiterer Unterschied zwischen beiden Einrichtungen ist darin zu erblicken, daß den Aufgaben und Befugnissen des Vormunds vom Gesetz ein weiter Spielraum gegeben ist. Der Vormund hat im Zweifel die gesetzliche Vertretung für sämtliche Obliegenheiten des Mündels, d. h. die Sorge für die Person und das Vermögen, während der Pfleger nur die Fürsorge für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten hat.

In der dem Pfleger ausgehändigten Bestallungsurkunde sind die ihm übertragenen Befugnisse fest normiert. Mit Anordnung der Vormundschaft ist stets Geschäftsunfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vormunds verbunden, bei der Pflegschaft dagegen kann volle Geschäftsfähigkeit daneben bestehen bleiben [3]) mit Ausnahme der Fälle der §§ 1909 und 1912 BGB.

Auch die Prozeßfähigkeit des Schutzbedürftigen wird durch Verhängung der Pflegschaft nicht berührt, nur der § 53 ZPO. läßt eine Ausnahme zu, wonach dem Pfleger die Befugnisse eines gesetzlichen Vertreters im Sinne von § 51 ZPO. gewährt werden für den Fall, daß die unter Pflegschaft gestellte Person trotz der Pflegschaft geschäftsfähig bleibt. „Erst, wenn der Pfleger den Rechtsstreit übernimmt, verliert der Pflegebefohlene die Fähigkeit, den Prozeß in eigener Person weiter zu führen, und wird der Pfleger sein gesetzlicher Vertreter." [4])

Vormundschaft kann stets nur in der Sorge für Person und Vermögen des Mündels angeordnet werden, Pflegschaft dagegen für Personen oder Vermögen. Vormundschaft wird nur zur Vertretung Lebender bestellt, Pflegschaft kann dagegen auch für noch nicht geborene Personen (§ 1912 BGB.),

---

2) Dernburg selbst führt dazu im IV. Bd., 4. Aufl. aus, daß die Pflegschaft für den Gebrechlichen Sorge für Person und Vermögen in vermutlich unbegrenztem Umfang umfaßt.

3) Vergl. RG. Bd. 14, S. 269 und Bd. 52, S. 223 ff.

4) Sydow-Busch, Anm. zu § 53 ZPO., S. 90; ebenso Stein-Jonas, Anm. zu § 53 ZPO.

unbekannte Beteiligte, evtl. sogar juristische Personen[5]) und nach § 1914 BGB. für ein Sammelvermögen — die einzige cura rerum des BGB. neben der Nachlaßpflegschaft — angeordnet werden.

Die Behauptung, daß der Rechtsgrund der Vormundschaft zugleich der der Pflegschaft sei, verneint Endemann[6]) mit der Erklärung, daß dies ungenau und unzulänglich sei; die allgemeine Grundlage sei die gleiche, der Rechtsgrund des einzelnen Instituts ist aber durchaus verschieden.

Man muß wohl sagen, daß es im BGB. Fälle gibt, in welchen Vormundschaft und Pflegschaft denselben Rechtsgrund haben, daneben gibt es aber auch Fälle, wonach an und für sich kein Bedürfnis zur Anordnung einer Pflegschaft vorliegt, natürlich sind hiermit die Fälle gemeint, die den Tatbestand der §§ 1910—14 BGB. und den der Ergänzungspflegschaft (§ 1909 BGB.) erfüllen.

Neben das Vormundschaftsrecht des BGB. sind neuerdings die Bestimmungen des Reichsgesetzes für Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922 — RG. Bl. I, S. 633 — getreten[7]). Dieses Gesetz, in seinen hauptsächlichsten Bestimmungen am 1. April 1924 in Kraft getreten, hat nur in geringem Umfange das geltende Vormundschaftsrecht unmittelbar geändert. Es steht vielmehr ergänzend neben dem Recht des BGB. Im Ergebnis ist für nichtfürsorgebedürftige Kinder, namentlich soweit für sie Vermögen zu verwalten ist, das Recht des BGB. bestehen geblieben. Für fürsorgebedürftige und gefährdete Kinder dagegen greift die Jugendhilfe nach Maßgabe des Jug.W.Ges. Platz. Hier gelten die Bestimmungen des BGB. nur insoweit, als für deren Anwendung noch Raum ist. Neben den eigentlichen Organen der Vormundschaft, also dem Vormund und dem Vormundschaftsgericht, stehen hier als eine Neuerung die Organe der öffentlichen Jugendhilfe, namentlich die Jugendämter. Gleichzeitig hat damit das längst versunkene Institut der tutela legitima (Agnatentutel) seine Wiedergeburt erlebt. Das R.Jug.W.Ges. hat in den Fällen der §§ 32 ff. in weitem Umfang die gesetzliche (Amts-)Vormundschaft eingeführt, in anderen Fällen die Anstalts- oder Vereinsvormundschaft vorgesehen (§§ 47, 48 JWG.).

---

5) Boehm, Vormundschaftsrecht, S. 39.

6) Endemann, II. Bd., 2. Abtlg., S. 708, Anm. 36.

7) Hierzu Einf.-Ges. vom gleichen Tage und — teilweise abändernd — die Verordnung über das Inkrafttreten des Jug.WG. vom 14. Februar 1924 (RG. Bl. S. 110), ferner § 36 der Verordnung vom 4. Dezember 1924 RG. Bl. I, S. 765).

B. Elterliche Gewalt.

Im BGB. ist die elterliche Gewalt nicht als eine Herrschaftsgewalt, sondern als ein vormundschaftliches Schutzverhältnis behandelt, damit steht sie der Vormundschaft nahe. Sie umschließt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen und nach beiden Richtungen das Kind zu vertreten. Solange das Kind schutzbedürftig ist, besteht sie, endet jedoch grundsätzlich mit dem Eintritt der Volljährigkeit. Obwohl sie freier ist als die Vormundschaft, untersteht auch sie einer gewissen Aufsicht des Vormundschaftsgerichtes. Das Kind unter elterlicher Gewalt steht im allgemeinen einem bevormundeten minderjährigen Kind gleich, seine Vermögens-, Geschäfts- und Prozeßfähigkeit, Deliktsund Testierfähigkeit bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Insoweit ist die elterliche Gewalt ohne Einfluß. Daher besteht auch keine persönliche Haftung des Gewalthabers für Verbindlichkeiten des Kindes außer im Fall des § 832 BGB.; nur im Rahmen der Nutznießung haftet der Gewalthaber für die Lasten des Nutznießungsvermögens gesamtschuldnerisch nach § 1654 BGB. neben dem Kind.

Uneheliche Kinder unterstehen keiner elterlichen Gewalt, auch nicht der der Mutter.

Bei Ausübung der elterlichen Gewalt haften die Eltern gemäß § 1664 BGB. für culpa in concreto[8]). Die elterliche Gewalt steht beiden Elternteilen gemeinsam zu, ausgeübt wird sie grundsätzlich nur vom Vater, nach dessen Wegfall durch die Mutter. Das Kind kommt erst dann unter Vormundschaft, wenn beide Elternteile weggefallen sind. Die Mutter führt aber neben dem Vater eine Art Nebengewalt während der Ausübung der elterlichen Gewalt durch den Vater, d. h. Mitfürsorge für die Person des Kindes außer Vertretung[9]). Es wird aber in der Literatur die Ansicht vertreten, daß während einer bestehenden Ehe die Mutter keinerlei elterliche Gewalt habe[10]).

---

8) Vergl. Enneccerus, S. 323, § 80, IV: Der Vater haftet auf Schadensersatz, wenn die im Interesse des Kindes geschehene Verfügung die diligentia quam suis verletzt, siehe auch RG. S. 75, 357 ff.

9) Vergl. Warneyer, zu § 1634, S. 791: Die der Mutter nach § 1634 zustehende Sorge für die Person ist ein Bestandteil der elterlichen Gewalt. — Ebenso Staudinger, IV, 2, 911; zur Vertretung des Kindes ist die Mutter nicht berechtigt, kann keine Beschwerde gegen Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts einlegen, so Planck, IV, 488, 3.

10) Opet v. Blume, S. 500; Crome, S. 497, Anm. 3 u. 10.

Gehring[11]) weist aber mit Recht darauf hin, daß die Mutter die Personenfürsorge kraft eines eigenen und selbständigen ungeschriebenen Rechts ausübt.

Bei Meinungsverschiedenheit entscheidet stets der Vater (§ 1634 BGB.). Neben den Eltern sind an der Kinderfürsorge aus öffentlichem Interesse auch der Staat und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts beteiligt. Die Reichsverfassung hat im Art. 120 der staatlichen Gemeinschaft ein Ueberwachungsrecht zugesprochen[12]).

Nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz vom 9. Juli 1922 hat das Kind ein Recht zur Erziehung gegenüber der Familie, bei deren Versagen tritt öffentliche Jugendhilfe ein.

Dieses Gesetz läßt jedoch das Recht und die Pflicht der Eltern zur Erziehung unberührt, stellt sogar ausdrücklich fest, daß gegen den Willen des Erziehungsberechtigten ein Eingreifen nur zulässig ist, wenn das Gesetz es erlaubt (§ 1 Abs. 1 Jug.W.Ges.)[13]).

I. Elterliche Gewalt des Vaters.

1. Sorge für Personen.

Der Vater hat die faktische Personenfürsorge, er hat das Recht und die Pflicht, den Vornamen zu erteilen. Ferner liegt ihm die Erziehung des Kindes ob, auch die Vorbereitung zum Beruf; diesen bestimmen beide Eltern. Die Erziehung schließt auch die religiöse Erziehung in sich.

Einheitliches Recht wurde in dieser Hinsicht geschaffen durch das Reichsgesetz vom 15. Juli 1921. Danach ist vorbehaltlich der freien, aber jederzeit widerruflichen und nicht über den Tod eines Gatten hinaus wirksamen Einigung der Eltern, auch für die religiöse Erziehung maßgebend das Recht und die Pflicht, für die Person der Kinder zu sorgen[14]). Nach vollendetem 14. Lebensjahre steht dem Kind die Entscheidung darüber zu, zu welchem religiösen Bekenntnis es sich halten will. Schon nach vollendetem 12. Lebensjahre kann es nicht gegen seinen Willen in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen werden. Bis dahin hatte für diese Angelegenheiten

11) Gehring, S. 17.

12) Anschütz, S. 326 zu Art. 120: Die staatliche Gemeinschaft soll die Erziehung des Nachwuchses überwachen, nicht aber übernehmen außer bei Vernachlässigung der elterlichen Pflicht und der daraus folgenden Verwahrlosung der Kinder. (Fürsorgeerziehung Art. 122, Abs. 2.)

13) Siehe hierzu: Zur Reform der elterlichen Gewalt (Dr. Marie Munk, JW. 1925, S. 309).

14) Vergl. dazu Sehling, Kirchenrecht, II, S. 83 ff.

das Landesrecht gegolten (Art. 134 EG. zum BGB.). Dabei entschied im Verhältnis zwischen den einzelnen deutschen Ländern die Staatsangehörigkeit[15]). Vorbehaltlich abweichender Landesgesetze hatte schon bisher derjenige Elternteil das Bekenntnis des Kindes zu bestimmen, dem die Personensorge oblag. So auch Art. 149 Abs. 2 RV., dem übrigens die Rechtsprechung noch nicht die Kraft eingeräumt hatte, „die bisherigen landesrechtlichen Vorschriften zu beseitigen“[16]).

Kraft der Sorge für die Person steht dem Vater und der Mutter auch ein angemessenes Züchtigungsrecht zu. Dieses Recht kann mit dem Erziehungsrecht denjenigen Personen übertragen werden, die an Stelle der Eltern treten. Vormünder und Lehrherren haben danach ein abgeleitetes Züchtigungsrecht nach dem Vorbild der väterlichen Zucht. Sie dürfen es keinesfalls in stärkerem Maße ausüben, als der Vater selbst, sondern müssen sich eher Beschränkungen auferlegen[17]).

Neben dem Erziehungsrecht steht dem Vater als weiterer Ausfluß der Personenfürsorge das Aufsichtsrecht über das Kind zu (§ 1631 BGB.); diese Sorge, schon mehr eine Pflicht, dient allerdings zum Schutze Dritter, da deren Beschädigung durch das Kind nach § 832 BGB. eine Haftpflicht der Eltern Dritten gegenüber zur Folge hat[18]).

Als weiteren Bestandteil der Personenfürsorge hat der Vater nach § 1631 BGB. das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen; es ist dies ein „Akt tatsächlicher Personenfürsorge“[19]). Will der Vater das Kind aus dem Hause weisen, so muß er diese Maßregel kraft der väterlichen Gewalt selbst durchsetzen; ein Klagerecht steht ihm nicht zu[20]).

Die Personenfürsorge hat — wie Gehring sagt — nicht nur rechtliche, sondern tatsächliche Bedeutung[21]), indem sie auch Dauer und Modalitäten des Aufenthaltsorts, nicht nur ihn selbst bis ins einzelne umfaßt.

Unter Umständen kann sich der tatsächliche Aufenthalt des Vaters von dem des Kindes unterscheiden, darin kann eine Verletzung der elterlichen Fürsorgepflicht liegen.

Crome[22]) behauptet, daß das Kind auf Aufnahme ins Elternhaus klagen kann. Dieser Behauptung können wir je-

15) KGJ. 44, 39.
16) Siehe hierzu: DJZ. 1921, S. 205, 372.
17) RG. Leipz. Z. 1914, S. 1049.
18) Vergl. RGRK. zu § 832, Anm. 4 u. 5, S. 1142.
19) Vergl. Bayer. Ob.LG., Sammlg. 17, S. 134.
20) Recht 1919, S. 184.
21) Gehring, S. 29.
22) Crome, S. 499, Anm. 25.

doch nicht folgen, da nach § 1631 BGB. der Vater das Recht hat, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Einen eigenen Wohnsitz vermag das minderjährige Kind ohne den Willen seines gesetzlichen Vertreters nicht zu begründen, auch nicht den Wohnsitz aufzuheben. Dieses Mitwirkungsrecht des gesetzlichen Vertreters besteht gegebenenfalls neben dem Recht des sorgeberechtigten Elternteils, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Dies wird auch zu gelten haben, wenn das Kind auswandern will. Für Mädchen unter 18 Jahren bestehen in dieser Richtung nach § 9 der Verordnung gegen Mißstände im Auswanderungswesen vom 14. Februar 1924 — RGBl. I S. 107 — Sondervorschriften; sie bedürfen zur Auswanderung außer der Zustimmung desjenigen, der nach dem BGB. den Aufenthalt zu bestimmen hat, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die Genehmigung ist nicht erforderlich, wenn das Kind mit seinen zur Personensorge berechtigten Eltern, oder, nach Auflösung der Ehe der Eltern, mit demjenigen Elternteil auswandern will, dem die Sorge zusteht.

Allerdings findet das Recht des Vaters bei der Aufenthaltsbestimmung des Kindes dort seine Grenzen, daß das Aufsichtsrecht nur im Interesse des Kindes ausgeübt werden darf.

Auch der in § 1632 BGB. gegebene Herausgabeanspruch gegenüber jedem, der das Kind dem Vater widerrechtlich vorenthält, ist mehr ein Ausfluß der tatsächlichen Fürsorge, als der gesetzlichen Vertretung. Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes kann nur im Prozeßwege geltend gemacht werden gemäß § 883 ZPO.[23]).

Auf den Willen des Kindes kommt es bei der Entscheidung nicht an. Der Herausgabeprozeß hat auch keine Bedeutung für den Familienstand des Kindes. Mit Rücksicht darauf hat das Reichsgericht[24]) in dem besonders gestalteten Falle, daß der Beklagte zugleich als Vater im Standesregister eingetragen war, verlangt, daß mit dem Herausgabeanspruch zugleich Statusklage gegen das Kind auf Feststellung seines Familienstandes verbunden werde.

Die Personenfürsorge (§ 1630, I BGB.) umfaßt ferner auch die Vertretung des Kindes, die — wie oben schon erwähnt — der Mutter gemäß § 1634 Abs. 1 BGB. versagt ist. Diese Vertretung äußert sich z. B. bei der Einwilligung zur

---

23) Vergl. auch Kohler, S. 421. Er nennt dies „Kindesvindikation".
24) RG. Z. 76, 253.

Eheschließung, ferner beim Abschluß von Lehrverträgen[25]) usw. Das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, schließt nach § 1630 Abs. 1 BGB. ohne weiteres die Vertretungsbefugnis des Vaters in sich, d. h. er ist berechtigt, für das Kind rechtsgeschäftlich zu handeln. Nur in höchstpersönlichen Angelegenheiten ist die Vertretungsbefugnis des Vaters begrenzt, ferner ist sie im Falle von § 1641 BGB. ausgeschlossen, wonach der Vater keine Schenkungen in Vertretung des Kindes machen kann[26]). Die Vertretungsmacht des Vaters ist weiterhin unzulässig bei Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten des Kindes mit dem Vater selbst, mit seinem Ehegatten oder mit seinen Verwandten in gerader Linie (vergl. §§ 181, 1630 Abs. 2, 1795 BGB.).

Rechtsgeschäfte des Vaters, die diesen Bestimmungen widersprechen, sind nichtig, so Planck[27]), Endemann[28]), Blume[29]), Schultetus[30]) und Cosack[31]). Anderer Meinung sind Staudinger[32]), Fuchs[33]), Hesse[34]), Richter[35]) und Boehm[36]), wonach Willenserklärungen des Gewalthabers in den Fällen von § 1795 BGB. von einem ohne Vertretungsmacht ausgestatteten Vertreter abgegeben worden seien und daher durch Genehmigung nach § 177 BGB. gültig werden. Diese letztere Ansicht beruht auf der irrigen Auslegung von § 1795 BGB., dessen Bestimmungen als zwingende Norm anzusehen sind und eine nachträgliche Genehmigung weder durch einen Pfleger noch durch den volljährigen Schutzbefohlenen ermöglichen.

Bei einem Widerstreit zwischen den Interessen des Kindes und denen des Vaters oder seiner nächsten Angehörigen kann das Vormundschaftsgericht dem Vater die Vertretungsbefugnis entziehen[37]) (vergl. dazu §§ 1630 Abs. 2 und 1796 BGB.).

---

25) Für einen Lehrvertrag zwischen Vater und Kind ist wegen der Schriftform des § 126 b Gew.O. ein Pfleger nötig. Steht das Kind unter Fürsorgeerziehung, so gilt für den Abschluß von Dienst- und Lehrverträgen auch die Fürsorgeerziehungsbehörde als gesetzlicher Vertreter. (§ 70, Abs. 3 JWG.)

26) Aus den Nutzungen des Kindesvermögens dagegen kann der Vater, soweit nutznießungsberechtigt, Schenkungen machen. Das gleiche gilt für rechtliche oder sittliche Verpflichtungen. (RG. Recht 1921, Nr. 2602.)

27) Planck zu § 1795, Anm. 3.

28) Bd. II, § 222, 3 c.

29) Anm. 3 zu § 1795.

30) Siehe S. 60.

31) Siehe § 68.

32) § 1795, Anm. 4 b.

33) S. 81.

34) Siehe dort Anm. 1.

35) S. 91 u. 94.

36) S. 112.

37) Vergl. Warneyer S. 786: Vor der Entziehung der Vertretungsmacht nach § 1630, Abs. 2, S. 2 hat das Vormundschaftsgericht gemäß § 1673 den

Bei Verheiratung einer Tochter wird die elterliche Gewalt nicht aufgehoben. Heirat macht nicht mündig und beendigt daher auch nicht die elterliche Gewalt. Der Vater behält vielmehr bis zur Volljährigkeit die Personenfürsorge. Diese bezieht sich aber nur noch auf die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten. Das Vermögen der Tochter wird von der elterlichen Nutznießung frei und tritt unter das eheliche Güterrecht. Dies gilt nicht für den Fall, daß der Güterstand das Vermögen nicht ergreift (Gütertrennung, Vorbehaltsgut) oder soweit eine Zustimmung der Frau für den Ehemann notwendig ist[38]). Ein weiterer Ausfluß der elterlichen Gewalt ist ferner die Sorge für das Vermögen (Vermögensverwaltung).

2. Sorge für Vermögen.

Die Verwaltung des Vaters an dem Kindesvermögen schließt rein tatsächliche Akte in sich. Er ist ermächtigt, das Kindesgut in eigenem Namen in Besitz zu nehmen. In Verfolgung dieser Aufgabe ist der Vater berechtigt, die dazu gehörigen Ansprüche aus eigenem Recht geltend zu machen und zwar selbst gegen die Mutter. Ausgenommen hiervon sind Ansprüche aus den §§ 112, 1628, 1638 BGB.

Ferner kann er über das Kindesgut verfügen, sowohl im eigenen Namen wie im Namen des Kindes (§ 1630 BGB.); der Mutter hat dabei das Gesetz kein Teilnahmerecht neben dem Vater zugesprochen.

In gewissen Fällen bedarf der Vater aber der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1643 BGB.) zu solchen Verfügungen. Diese ist z. B. erforderlich bei dinglichen Rechtsgeschäften über Grundstücke und Grundstücksrechte (mit Ausnahme von Hypotheken und Grundschulden). Das gleiche gilt, wenn er für das Kind Erbschaften ausschlägt sowie bei Verpflichtungsgeschäften über das Kindesvermögen im ganzen. Ueber Sparkassenbücher der Kinder kann dagegen der Vater zur Tilgung einer eigenen Kaufpreisschuld ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfügen[39]). § 1643 BGB. kann auch dann nicht zur Anwendung kommen, wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die dem väterlichen Nutznießungsrecht entspringen, ferner nicht bei Rechtsstreitigkeiten, soweit nicht die einzelne Prozeßhandlung unter § 1653 BGB. fällt.

Gewalthaber sowie Verwandte und Verschwägerte des Kindes zu hören. Vergl. dazu auch von Blume 511, 5; Staudinger, IV, 2, S. 891; VI, S. 6 f.

38) RG. Recht 1916, Nr. 1725.

39) RG. Z. 75, S. 357.

Schenkungen kann der Vater namens des Kindes nicht vornehmen mit Ausnahme von Pflicht- und Anstandsschenkungen. Dagegen kann der Vater im Namen des Kindes Erwerbshandlungen vornehmen; für die entgeltliche Erwerbung eines Erwerbsgeschäfts für das Kind bedarf der Vater der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht (§ 1645 BGB.). Dagegen ist die Fortführung eines zum Kindesvermögen gehörigen Geschäftes, dessen Aenderung oder Auflösung, im Gegensatz zu § 1823 BGB. genehmigungsfrei.

Erwirbt der Vater mit Mitteln des Kindes bewegliche Sachen, dann geht das Erworbene in das Eigentum des Kindes über; es fragt sich, ob das Eigentum auf Grund einer dahingehenden Einigung mit dem Gegenkontrahenten zunächst auf den Vater übergehen kann, und dieser dann verpflichtet wird, die Sache auf das Kind zu übertragen; Enneccerus [40] bejaht diese Frage, § 1646 BGB. stellt jedoch keine zwingende Norm dahingehend auf.

Die Vermögensfürsorge legt dem Vater weiterhin die Pflicht ob, das zu verwaltende Geld mündelsicher anzulegen, ferner ist er zur Inventarisierung des Kindesvermögens beim Todesfall der Mutter verpflichtet und hat das Verzeichnis hierüber dem Vormundschaftsgericht vorzulegen. Die Vermögensverwaltung des Vaters erstreckt sich nicht nur auf das ganze Kindesgut, sondern auch auf das sog. freie Kindesgut. Hiervon sind nur ausgenommen die Fälle von § 1638 Abs. 1 und 2 BGB. Die Verwaltung des Vaters am Kindesvermögen endet mit der Volljährigkeit, d. h. mit der Beendigung der elterlichen Gewalt; sie endigt kraft Gesetzes auch schon vorher bei Konkurseröffnung über das Vermögen des Vaters; in diesem Falle erhält das Kind einen Pfleger gemäß § 1909 BGB. Die Nutznießung bleibt jedoch bestehen. Endlich kann durch vormundschaftsgerichtlichen Beschluß dem Vater gemäß § 1666 Abs. 2 BGB die Vermögensverwaltung entzogen werden.

3. Nutznießung.

Die Nutznießung des Vaters am Kindesvermögen erfaßt grundsätzlich das gesamte Vermögen des Kindes. Das BGB. unterscheidet freies und unfreies Vermögen des Kindes. Ersteres ist der väterlichen Nutznießung grundsätzlich entzogen. Trotzdem steht ihm das Verwaltungsrecht an diesem freien Vermögen zu. Andernfalls müßte ausdrücklich bei einer un-

40) Enneccerus, § 80, VI, S. 327.

entgeltlichen Zuwendung an das Kind der Zuwendende dem Vater dieses Recht entzogen haben[41]).

Unfreies Vermögen ist alles übrige Kindesvermögen, hieran ist der Vater auch zur Nutznießung berechtigt. Die Nutzungen gehen in sein Eigentum über, ähnlich wie beim Nießbrauch (§§ 954, 1039 BGB.). Das Nutznießungsrecht des Vaters ist nicht übertragbar und auch nicht pfändbar. Als ein gewisses Entgelt hierfür muß er die Lasten des unfreien Kindesvermögens tragen. Durch die Nutznießung des Vaters werden die Gläubiger des Kindes im Falle der Zwangsvollstreckung in das Kindesgut nicht beeinträchtigt, freies und unfreies Vermögen haften nebeneinander. Nach § 746 ZPO. ist ein gegen das Kind ergangenes Urteil zur Zwangsvollstreckung erforderlich und genügend[42]).

Grundsätzlich haftet nur das unfreie Kindesgut für die Schuldenlast, der Gläubiger kann sich jedoch nach seiner Wahl an das freie oder unfreie Vermögen halten.

Das Nutznießungsrecht des Vaters endigt mit der Beendigung der elterlichen Gewalt; ein Erlöschen tritt auch ein in zwei weiteren Fällen, bei denen die elterliche Gewalt bestehen bleibt; nämlich einmal bei Verheiratung des Kindes unter der Voraussetzung, daß das Kind die Ehe ohne elterliche Einwilligung geschlossen hat (§ 1661 BGB.), ferner bei Verzicht des Vaters.

Dieser Verzicht ist in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Vormundschaftsgericht abzugeben (§ 1662 BGB.).

Dadurch entzieht er sich gleichzeitig den Pflichten aus § 1654 BGB., nämlich die Lasten für die Verwaltung des Vermögens zu tragen. Statthaft ist auch der Verzicht auf die Nutznießung an einzelnen Vermögensstücken. Formen sind hierfür nicht notwendig[43]).

II. Stellung des Vormundschaftsgerichts.

Das Vormundschaftsgericht als Obervormund hat eine doppelte Aufgabe: Es unterstützt einmal den Vater bei der Erfüllung seiner Erziehungsaufgaben und schützt ferner das Kind. Dieser Schutz für die Person des Kindes äußert sich besonders darin, daß zu zahlreichen wichtigen Geschäften die

41) Vergl. Titze, S. 120.

42) Sydow-Busch, Mit Rücksicht hierauf ist die Zwangsvollstreckung in das Kindesvermögen ohne ein gegen den Vater oder die Mutter gerichtetes Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung für zulässig erklärt; zu § 746, S. 815.

43) Siehe hierzu: Recht 1922, Nr. 853.

Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist (§ 1643 BGB.).

Das Gesetz gibt dem Vormundschaftsgericht auch die Möglichkeit, dem Vater die Vertretung in Vermögensangelegenheiten bei Gefahr einer Interessenkollision zu entziehen. Diese Entziehung erfolgt jedoch erst durch besondere Anordnung dieser Behörde und nur für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Angelegenheiten[44]). Bei Wiederverheiratung des Vaters muß er die Auseinandersetzung mit dem Kinde herbeiführen, diese geschieht ebenfalls mit Hilfe des Vormundschaftsgerichts. Das beim Tode der Mutter zu errichtende Inventar über das Kindesvermögen unterliegt der vormundschaftsgerichtlichen Prüfung. Wird durch das Verhalten des Vaters das Kindesvermögen gefährdet, so hat die Obervormundschaft gefahrabwendende Schutzmaßnahmen zu treffen (§§ 1667, 1670 BGB.). Neben dem Einschreiten des Vormundschaftsgerichts ist ein Arrestantrag des Kindes möglich[45]) (§§ 916 ff. ZPO.).

Beim Mißbrauch des Fürsorgerechts durch den Vater, bei Vernachlässigung des Kindes, sowie bei ehrlosem und unsittlichem Verhalten des Vaters hat das Vormundschaftsgericht dementsprechende Maßregeln zu treffen. Es kann z. B. in letzterem Falle die Fürsorgeerziehung anordnen.

III. Elterliche Gewalt der Mutter.

Die elterliche Gewalt der Mutter erscheint teils als Nebengewalt, als stellvertretende Gewalt und teils als Vollgewalt. Die Nebengewalt äußert sich darin, daß sie neben dem Vater während dessen Vollgewalt die faktische Personenfürsorge hat. Dieses Recht steht ihr auch zu neben Vormund und Pfleger (§§ 1634, 1698 BGB.).

Die elterliche Gewalt der Mutter kann auch in der Form einer stellvertretenden Gewalt zur Geltung kommen. Dies ist dann der Fall, wenn der Vater an der Ausübung der Gewalt tatsächlich verhindert ist, ferner, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht (§ 1685 Abs. 1 BGB.). Bei Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters und bei Auflösung der Ehe geht die elterliche Gewalt erst auf Antrag der Mutter auf sie über[46]). Wird ein derartiger Antrag nicht gestellt, so wird gemäß § 1773 BGB. für das Kind ein Vormund bestellt[47]).

44) Mannheimer, S. 52; Endemann, § 222, Anm. 31.

45) RG. JW. 1907, 203.

46) Enneccerus-Kipp-Wolff: In diesem Falle erlangt die Mutter auch die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes; S. 362, § 85, III.

47) Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 41, Heft 1, S. 143; Rothe, S. 42.

Die Gewalt der Mutter erscheint schließlich auch als Vollgewalt. Dies ist dann der Fall, wenn der Vater gestorben oder für tot erklärt ist, wenn er die elterliche Gewalt verwirkt hat oder wenn die Ehe aufgelöst ist (§ 1684 BGB.). Die Rechte der Mutter haben aber nicht zum Kernpunkt, daß sie beim Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters dessen Vertreterin (im Sinne von §§ 167 ff. BGB.) ist; sie übt vielmehr die elterliche Gewalt weder in seinem Namen noch in seinem Interesse aus. Es handelt sich ja bei der Ausübung der elterlichen Gewalt nicht um das Recht zur Vornahme von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen — nur darin könnte eine Vertretung zu erblicken sein — sondern um individuelle familienrechtliche Akte, in der Hauptsache also Erziehungsmaßnahmen, Bestimmung der Konfession des Kindes und ähnliche der persönlichen Sorge entspringende Folgen. Allerdings kann der Mutter auch das Recht der Vermögensverwaltung übertragen werden. Der Mutter kann in diesem Falle ein Beistand bestellt werden und zwar auf eigenen Antrag[48]), auf testamentarische Anordnung des Vaters, nötigenfalls von Amts wegen, wenn das Vormundschaftsgericht die Bestellung im Interesse des Kindes für nötig hält (§ 1687 BGB.).

Ein solcher Beistand unterstützt die Mutter und hat im allgemeinen die Stellung eines Gegenvormundes. Die Mutter bedarf für manche Rechtsgeschäfte der Genehmigung des Beistandes (§ 1690 BGB.). In den Wirkungskreis des Beistandes fallen auch persönliche Angelegenheiten, deren Umfang nur auf Vermögensangelegenheiten beschränkt werden kann. Die Mutter behält trotz Bestellung des Beistandes die volle Verantwortlichkeit, dem Beistand kann aber die Vermögensverwaltung übertragen werden, er hat dann die Stellung eines Pflegers[49]) (§ 1693 BGB.). Das Verwaltungs- und das Vertretungsrecht der Mutter ist dann in entsprechendem Umfange ausgeschlossen[50]). Niemals bekommt der Beistand aber die Nutznießung.

Mit der Eingehung einer neuen Ehe verliert die Mutter, anders als der Vater, die Gewalt einschließlich der Nutznießung, sie behält jedoch neben dem Vormund die tatsächliche Personenfürsorge. Die Mutter erlangt die Gewalt auch mit Auflösung der späteren Ehe nicht wieder zurück[51]).

---

48) Planck: Einem von der Mutter gestellten Antrage muß stattgegeben werden, IV, S. 555, 1b; desgl. Warneyer zu § 1687, S. 833.

49) Planck-Unzner: Nicht wird neben ihm ein Gegenvormund bestellt, § 1693, 2d; desgl. v. Blume, § 1693, 3b.

50) Bayer. Ob.LG. S. 13, 13 ff.

51) JW. 1906, S. 137.

Nimmt eine Ehefrau allein, nicht zugleich auch der Ehemann, ein Kind an Kindesstatt an, so erwirbt sie nicht die Gewalt, sondern nur die Personenfürsorge.

Es ist also die Bestellung eines Vormundes nötig, der wie in § 1696 BGB. echter Altersvormund ist.

War der Mutter als Witwe die Personensorge entzogen, so kann das Vormundschaftsgericht auch nach der Wiederverheiratung diesen Zustand belassen[52]).

Ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen Minderjährigkeit (§§ 1686, 1696 BGB.), so hat die Mutter dennoch Recht und Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen.

IV. Ruhen der elterlichen Gewalt.

Das BGB. unterscheidet Beendigung der elterlichen Gewalt von dem Ruhen der elterlichen Gewalt. Bei Ruhen der elterlichen Gewalt verbleibt sie zwar dem Vater dem Begriffe nach, er darf sie aber nicht ausüben. Es sind aber vom Gesetzgeber eine Reihe von Fällen statuiert worden, in denen eine scharfe Trennung zwischen Berechtigung und Ausübung der Berechtigung festgestellt wird. Um dem Vater nur die Ausübung zu entziehen, hat der Gesetzgeber das Institut des Ruhens der elterlichen Gewalt geschaffen. Nur die Nutznießung des Kindesvermögens verbleibt ihm in der Regel, in beschränkten Fällen auch die tatsächliche Sorge für die Person (§ 1676 Abs. 2 BGB.).

Die elterliche Gewalt des Vaters ruht:

1. Wenn der Vater geschäftsunfähig ist (§ 1676 Abs. 1 BGB.).

2. Wenn er beschränkt geschäftsfähig oder wegen körperlicher Gebrechen unter Pflegschaft steht (§ 1676 Abs. 2 BGB.). Der Vater behält aber in diesem Falle die faktische Personenfürsorge neben dem gesetzlichen Vertreter.

3. Wenn der Vater längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist und das Vormundschaftsgericht diese tatsächliche Verhinderung an der Gewaltausübung festgestellt hat (§ 1677 BGB.).

Die in Ziffer 1 und 2 angegebenen Gründe sind rechtlicher Art, Ziffer 3 dagegen tatsächlicher Natur. Ersterenfalls tritt das Ruhen kraft Gesetzes ein und endigt in gleicher Weise mit dem Wegfall der Voraussetzungen; anders im Falle des § 1677 BGB. Hier endigt das Ruhen mit einem entsprechenden

52) Bayer. Ob.LG. Recht 14, Nr. 72.

Bescheid des Vormundschaftsgerichts, der wirksam wird mit Bekanntmachung an den Vater, § 51 Abs. 2 FGG. Trotz Ruhens der elterlichen Gewalt bleibt der Vater Inhaber derselben, nur ihre Ausübung ist ihm untersagt.

Darin zeigt sich der Hauptunterschied zwischen Ruhen und Beendigung der elterlichen Gewalt. In den Fällen der §§ 1647 und 1680 BGB. handelt es sich um gesetzliche Beschränkungen, die das Recht von selbst berühren. Im letzteren Falle handelt es sich um die sog. Verwirkung auf Grund von Verbrechen an dem Kinde. Hier hat die elterliche Gewalt aufgehört, als solche zu bestehen, beim Ruhen dagegen bleibt die elterliche Gewalt als solche bestehen.

An und für sich stellt das Ruhen der elterlichen Gewalt nur einen Ausnahmezustand dar, der eine gewisse Zeitspanne dauert. Es ist also die Möglichkeit vorhanden, daß der status quo ante wieder eintritt. War während des Ruhens der elterlichen Gewalt ein Beendigungsgrund gegeben, so treten deren Wirkungen ein.

Hat der Vater während des Ruhens der elterlichen Gewalt (z. B. der Vater ist wegen Geisteskrankheit entmündigt) Rechtsgeschäfte vorgenommen, so gilt § 1682 Abs. 1 BGB., d. h. ein Dritter braucht den Mangel der Geschäftsfähigkeit des Vaters nicht gegen sich gelten lassen, falls er nicht das Ruhen der elterlichen Gewalt kannte.

Im Falle des § 1676 Abs. 2 BGB., der die Möglichkeit enthält, den Vater wegen körperlicher Gebrechen unter Pflegschaft zu stellen, behält der Vater seine Geschäftsfähigkeit[53]), lediglich die Prozeßfähigkeit des Vaters wird durch die Anordnung der Pflegschaft eingeschränkt.

Die Beschränkungen, denen der Vater beim Ruhen der elterlichen Gewalt unterworfen ist, haben nach zwei Seiten hin rechtliche Wirkungen.

Einmal für den Vater selbst, vor allem aber für die Person des Kindes.

Da, wie oben schon ausgeführt ist, die elterliche Gewalt sich als ein für das pflegebedürftige Kind gegebenes Schutzverhältnis darstellt, so muß im Augenblick des Wegfalls dieses Schutzes sofort ein neuer Ersatzschutz geschaffen werden. Die elterliche Gewalt darf nicht unterbrochen werden, sie muß solange dauern, bis das schutzbedürftige Kind selbständig seine ihm vom Gesetz gegebenen Rechte ausüben kann. Das Gesetz

53) Schultheis, S. 220, III. — a. A. Opet, S. 283, § 20, II. Verfasser spricht hier von einem Defekt der Geschäftsfähigkeit und bezeichnet diesen als Grund der Geschäftsfähigkeit.

gibt denn auch dem nach dem Vater nächstberechtigten, der Mutter, diese Befugnisse.

Während des Ruhens der elterlichen Gewalt übt die Mutter an erster Stelle diese bei Bestehen der Ehe aus, nach Auflösung der Ehe jedoch nur auf Grund besonderer Uebertragung durch das Vormundschaftsgericht. Im ersten Falle erwirbt sie dieses Recht kraft ihrer Stellung. — Das Gesetz folgt dabei einem natürlichen Rechtsempfinden.

Die Befugnisse aus der elterlichen Gewalt der Mutter sind allerdings beschränkt. Sie hat nur Personenfürsorge, Vermögensverwaltung und Vertretung, die Nutznießung am Kindesvermögen verbleibt dem Vater.

Nach Auflösung der Ehe erlangt die Mutter die elterliche Gewalt nur auf Grund besonderer Uebertragung durch das Vormundschaftsgericht. Ein Antrag der Mutter beim zuständigen Vormundschaftsgericht ist deshalb erforderlich, weil man sich erst vergewissern will, ob ihr an einer Uebernahme der elterlichen Gewalt gelegen ist.

In allen Fällen muß die Mutter, die nur als Verweserin ihres Mannes auftritt, nachweisen, daß keinerlei Aussicht besteht, daß die elterliche Gewalt des Vaters alsbald wieder aufleben könnte, z. B. bei Geisteskrankheit des Vaters, deren vermutliche Dauer bis zur Volljährigkeit des Kindes reichen würde.

Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen, die von Amts wegen auf ihre Richtigkeit geprüft werden, muß der Mutter die elterliche Gewalt übertragen werden; ist das Gericht anderer Ansicht und bietet die Mutter auch keine Gewähr, so erhält das Kind einen Vormund.

Sehr bestritten ist in der Literatur die Frage, ob die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Auflösung der Ehe nach sich zieht.

Während Staudinger[54]) für diesen Fall annimmt, daß trotz der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe weiter besteht, verneint Planck[55]) (vergl. Seckels Schrift)[56]) mit Recht diese Frage und stellt fest, daß das die eheliche Gemeinschaft aufhebende Urteil die Ehe ipso iure auflöst, wenn nicht besondere Umstände später eintreten.

Bei Annahme letzterer Ansicht finden für die Verteilung der elterlichen Gewalt §§ 1635 ff. BGB. entsprechende Anwendung.

---

54) Siehe § 1586, Anm. 1 u. 3.

55) Siehe § 1586, Anm. 1—3.

56) Aufhebung und Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. (Festgabe für Dernburg 1900.)

Für die Verteilung der elterlichen Gewalt über Kinder einer geschiedenen Ehe kommen die Bestimmungen der §§ 1635 ff. BGB. in Frage. Maßgebend für das Verbleiben derselben bei dem Vater oder Uebergehen derselben auf die Mutter oder Verteilung auf beide ist der sog. Schuldspruch, d. h. die Feststellung, wer als schuldiger Teil in Frage kommt. Eine Nachprüfung der Schuldfrage durch das Vormundschaftsgericht ist unzulässig.

Der unschuldige Teil erhält die elterliche Gewalt, bei beiderseitigem Verschulden erhält die Mutter alle Kinder unter 6 Jahren und weibliche über 6 Jahre, der Mann alle männlichen über 6 Jahre.

Stirbt einer der geschiedenen Ehegatten, so entscheiden die allgemeinen Grundsätze der §§ 1627, 1684 BGB. Der überlebende Teil erhält die volle elterliche Gewalt, selbst wenn er an der Scheidung schuldig war, vorbehaltlich des § 1666 BGB.[57]).

Das Recht der Mutter aus § 1635 BGB. erlischt, wenn, obwohl ohne ihr Verschulden, Fürsorgeerziehung über das Kind angeordnet ist; neben dieser ist für jenes Recht kein Raum.

Würde die Belassung des gesetzlichen Rechtszustandes das Interesse des Kindes ernstlich gefährden, so können vom Vormundschaftsgericht, dessen Zuständigkeit hierfür sich aus § 43 FGG. ergibt, jederzeit hiervon abweichende Anordnungen, unbeschadet einem dem Beteiligten zustehenden Beschwerderecht, getroffen werden.

Das Vormundschaftsgericht entscheidet dabei nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände; über allem aber steht das Wohl des Kindes.

Die Verkehrsbefugnis kann, da sie nach § 1636 BGB. auch dem Ehegatten gegeben ist, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, vom Vormundschaftsgericht nie entzogen werden. Sie ist auch kein Bestandteil der elterlichen Gewalt, sondern Ausfluß des Verwandtschaftsverhältnisses.

Die Regelung des persönlichen Verkehrs im einzelnen ist dagegen dem Vormundschaftsgericht übertragen. Eine solche Regelung setzt Parteivereinbarungen außer Kraft[58]).

Für nichtige und anfechtbare Ehen kann dagegen nicht ohne weiteres § 1685 Abs. 2 BGB. angewandt werden. Eine nichtige oder anfechtbare Ehe zeigt erst durch die Erhebung der

57) RG. Z. S. 62, 289; JW. 1924, S. 465.
58) RG. JW. 1925, S. 2115.

Nichtigkeits- bezw. Anfechtungsklage ihre Folgen; das in diesem Prozeß ergehende Urteil hat nicht, wie bei der Ehescheidung, auflösende Wirkung für die Ehe, sondern hat zum Inhalt, daß die bis dahin bestehende Gemeinschaft zwischen den beiden Ehegatten nicht als Ehe behandelt werden soll.

War einem Elternteil die Nichtigkeit bei Eingehung der Ehe bekannt, so kommt wieder § 1635 BGB. zur Anwendung. War beiden Elternteilen der Nichtigkeitsgrund bekannt, so sind die Kinder unehelich.

Wirkungen des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters für die Person des Kindes.

Wie wir bereits zu Beginn dieses Abschnitts ausgeführt haben, hat das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters eine Beschränkung seiner Machtbefugnisse zur Folge. Dies soll allerdings nur insoweit gelten, als ein Schutzbedürfnis für das Kind besteht.

Der Gesetzgeber hat daher dem Vater das Recht eingeräumt, für die Person des Kindes zu sorgen. Diese Befugnis des Vaters wird aber dadurch wieder eingeschränkt, daß er dieses nur neben dem gesetzlichen Vertreter des Kindes ausüben kann. Die dem Vater verbleibende Personenfürsorge ermächtigt ihn, die Erziehung des Kindes neben dem Vertreter des Kindes vorzunehmen, die Aufsicht zu führen und den Aufenthaltsort zu bestimmen.

Diese Angelegenheiten bilden nicht nur ein Recht, sondern eine Pflicht dem Kinde gegenüber. Vollkommen verliert dagegen bei Ruhen der elterlichen Gewalt der Vater das Recht, die Vermögensverwaltung auszuüben, er hat das Vermögen dem Kinde herauszugeben und Rechenschaft abzulegen.

Ein Bestandteil der Personenfürsorge und der Vermögensverwaltung ist auch das Vertretungsrecht des Vaters. Bei Eintritt des Ruhens der elterlichen Gewalt fällt diese Befugnis fort. Das Nutznießungsrecht am Vermögen des Kindes bleibt jedoch bestehen.

Die Nutznießung am Kindesgut stellt keine ungerechtfertigte Bereicherung des Vaters dar, wenn man bedenkt, daß dieser auch während des Ruhens der elterlichen Gewalt für den Unterhalt des Kindes zu sorgen hat. Auch die Nutznießung endigt, wenn nach Auflösung der Ehe das Vormundschaftsgericht der Mutter gemäß § 1685 Abs. 2 BGB. die elterliche Gewalt überträgt, damit erlangt dann die Mutter das Nutznießungsrecht.

V. Beendigung der elterlichen Gewalt des Vaters.

Die elterliche Gewalt des Vaters endet der Substanz nach:

1. mit dem Tode des Vaters oder des Kindes;

2. mit der Todeserklärung des Vaters — nicht aber, wenn das Kind für tot erklärt wird. Wird der Vater für tot erklärt, steht die elterliche Gewalt der Mutter zu. Lebt aber der für tot erklärte Vater noch, kann er durch Erklärung gegenüber dem Vormundschaftsgericht sich die elterliche Gewalt wieder aneignen (§ 1679 Abs. 2 BGB.).

Die elterliche Gewalt endet ferner

3. mit der Volljährigkeit des Kindes (§ 1626 BGB.), nicht dagegen durch Verheiratung, nicht mit der Begründung eines eigenen Haushalts;

4. mit der Adoption des Kindes durch einen Dritten[59] (§ 1765 BGB.);

5. mit der Verwirkung.

Die Verwirkung ergreift die elterliche Gewalt in ihrem ganzen Umfange und in allen ihren Bestandteilen.

Der Vater verwirkt die elterliche Gewalt bei strafbaren Handlungen und vorsätzlichem Vergehen am Kinde (§ 1680 BGB.). An dem Kinde ist jede Straftat verübt, die in dessen Rechtskreis eingreift, insonderheit gehören hierher auch Vermögensdelikte.

Die Verwirkung tritt mit der Rechtskraft des Strafurteils von selbst ein, es bedarf keines Beschlusses des Vormundschaftsgerichts mehr.

Durch die Verwirkung verliert der Vater die elterliche Gewalt in vollem Umfange einschließlich der Nutznießung[60].

Eine erfolgreiche Wiederaufnahme des Verfahrens kann das erste Urteil entweder zur Aufhebung bringen, oder eine Milderung der in § 1680 Abs. 1 BGB. angedrohten Strafe eintreten lassen, in beiden Fällen wird die Verwirkung der elterlichen Gewalt des Vaters mit rückwirkender Kraft[61] aufgehoben. Bei Verwirkung der elterlichen Gewalt des Vaters tritt die Mutter an dessen Stelle, wobei aber, wie § 1684 Abs. 2 BGB. besagt, die Ehe aufgelöst sein muß. Normaler-

---

59) Enneccerus: Ein Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde ist den leiblichen Eltern nicht vorbehalten und auch nicht als stillschweigend anzusehen. (§ 92, S. 391); RG. 64, S. 47 ff.

60) Warneyer, zu § 1680, S. 830.

61) a. A. RGRK. III, S. 399, 2; dagegen halten Staudinger, IV, S. 1020, 4; Planck, IV, S. 547, 5; v. Blume, S. 585, 2c die oben erwähnte Ansicht von der rückwirkenden Kraft des Urteils mit Recht für richtig.

weise erhält das Kind einen Vormund, während der Mutter die Personenfürsorge überlassen wird.

In allen Fällen hat der Vater nach Beendigung der elterlichen Gewalt das Kindesvermögen herauszugeben und Rechenschaft abzulegen. Dieser Anspruch kann nur im Prozeßwege, nicht durch Vermittlung des Vormundschaftsgerichts geltend gemacht werden[62]). Die Vermögensverwaltung des Vaters endet sonst bekanntlich auch durch selbständige Beendigungsgründe und zwar:

1. mit der Rechtskraft des Beschlusses über Konkurseröffnung über das Vermögen des Vaters (§ 1647 Abs. 1 BGB.);

2. wenn der Vater das Recht des Kindes auf Unterhalt schuldhaft[63]) verletzt hat und auch für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung zu besorgen ist (§ 1666 Abs. 2 BGB.), kann ihm vom Vormundschaftsgericht die Vermögensverwaltung und Nutznießung entzogen werden;

3. wenn der Vater den Anordnungen des Vormundschaftsgerichts nicht nachkommt oder die gesetzlichen Pflichten nicht erfüllt, kann das Vormundschaftsgericht ihm die Vermögensverwaltung entziehen (vergl. dazu §§ 1670, 1667, 1668, 1640, 1669 BGB.).

Die väterliche Nutznießung endet nach § 1661 BGB.:

1. mit der Verheiratung des Kindes;

2. nach § 1666 Abs. 2 BGB. durch Entziehung seitens des Vormundschaftsgerichts;

3. durch Verzicht des Vaters[64]) gegenüber dem Vormundschaftsgericht (§ 1662 BGB.).

Falls die Gewalt des Vaters mit dem Tode des Kindes endigt, muß der Vater diejenigen Geschäfte, mit deren Aufschub Gefahr verbunden wäre, noch besorgen, bis der Erbe anderweitig Fürsorge treffen kann (§ 1683 BGB.).

---

62) Oldenburg OLG. 3, S. 371.

63) Bayer. Ob.LG. i. Recht 1914, Nr. 785.

64) Nach Enneccerus steht dem Verzicht auf Nutznießung an einzelnen Gegenständen nichts im Wege (siehe dort § 83, IV, 3, S. 357); anders Dernburg, nach dem nur auf die Nutznießung im ganzen verzichtet werden kann (siehe dort § 79, V, 2, Anm. 15, S. 294).

C. Vormundschaft.

I. Vormundschaft über Minderjährige.

1. Anordnung der Vormundschaft.

Vormundschaft ist die rechtlich geordnete Fürsorge für schutz- und vertretungsbedürftige Personen und umfaßt als solche sowohl die Sorge für die Person als auch für das Vermögen des Mündels.

Unter Vormundschaft können Minderjährige und entmündigte Volljährige stehen. Insbesondere bekommt der Minderjährige einen Vormund, wenn er nicht unter elterlicher Gewalt steht (z. B. Vollwaise oder uneheliches Kind, § 1773 Abs. 1 BGB.), oder, wenn er noch unter elterlicher Gewalt steht, den Eltern keinerlei Vertretungsrecht für das Kind mehr zusteht (z. B. die Gewalt des Vaters ruht, die Mutter ist tot); endlich wird auch noch ein Vormund bestellt, wenn der Familienstand nicht zu ermitteln ist (z. B. Findelkind § 1773 Abs. 2 BGB.).

Ein wegen Geisteskrankheit entmündigter Minderjähriger bekommt nur dann einen Vormund, wenn er nicht unter elterlicher Gewalt steht. Uneheliche minderjährige Kinder erhalten dagegen stets einen Vormund, da der Mutter die elterliche Gewalt untersagt ist (§ 1707 BGB. und JWG.). Bisher konnte auch die Mutter zum Vormund bestellt werden; sie hatte indessen keinen Anspruch darauf. Jetzt erhält das Jugendamt die Vormundschaft.

Nach dem BGB. wird der Vormund stets vom Vormundschaftsgericht von Amts wegen bestellt, es gibt im BGB. keine tutela legitima mehr, nur noch tutela dativa [1]). Die Bestellung des Vormunds erfolgt durch Verpflichtung zu treuer und gewissenhafter Führung mittels Handschlags an Eidesstatt.

Der Vormund erhält bei der Bestellung ein gerichtliches Zeugnis (Bestallung). Diese Bestallung ist ein einfaches Zeugnis, keine Vollmacht und kein Legitimationspapier. Daher sind die Rechte des Vormunds auch nicht an den Besitz der Bestallungsurkunde gebunden. Es besteht auch kein Schutz des guten Glaubens bei unrichtigem Inhalt oder Veränderungen. — Das Amt des Vormunds beginnt mit der Bestellung, nicht erst mit der Aushändigung der Bestallungsurkunde [2]).

1) Vergl. Kübler, S. 150/151, § 18: Nach der lex Atilia wird der tutor vom praetor urbanus ernannt in Verbindung mit der Mehrheit der Volkstribunen (tutor Atilianus).

2) Enneccerus, § 109, III, S. 460.

Das Einführungsgesetz[3]) zum BGB. gestattete den Landesrechten die Einführung einer gesetzlichen Anstaltsvormundschaft. Nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz ist gesetzlicher Amtsvormund unehelicher Kinder das Jugendamt[4]) (tutela legitima); es genießt stets die Rechte einer befreiten Vormundschaft.

Von der Bestellung zum Vormund ist die Berufung zum Vormund zu unterscheiden. Die Berufung kann beruhen:

1. auf einer letztwilligen Verfügung des elterlichen Gewalthabers (§ 1776 Abs. 1 und § 1777 BGB.);
2. evtl. auf Gesetz; berufen ist dann zunächst der Großvater des Mündels väterlicherseits und dann der Großvater des Mündels mütterlicherseits (§ 1776 Abs. 3 und 4 BGB.);
3. evtl. auf richterlicher Auswahl.

Hierbei soll auf das religiöse Bekenntnis Rücksicht[5]) genommen werden (§ 1779 BGB.); Verwandte und Verschwägerte des Mündels sind zunächst zu berücksichtigen, die Berufenen dürfen ohne ihre Zustimmung nicht übergangen werden (§ 1778 BGB.). Nur bei den in § 1778 Abs. 1 BGB. angegebenen Fällen kann eine Uebergehung stattfinden[6]).

Der nicht Berufene hat bei Uebergehung nach § 60 FGG. die sofortige Beschwerde, vor allen Berufenen kann jedoch das Jugendamt stets zum Vormund bestellt werden. Gewisse Personen können nicht zum Vormund bestellt werden, z. B. Geschäftsunfähige und alle Entmündigten (§ 1780 BGB.). Findet trotzdem eine Bestellung dieser Personen statt, so ist sie nichtig; der Mündel ist in diesem Falle weder bevormundet noch vertreten[7]). Tritt die Unfähigkeit nach der Bestellung zum Vormund ein, so wird diese von Amts wegen aufgehoben; einer besonderen Entlassung bedarf es nicht.

Gewisse Personen sollen nicht zum Vormund bestellt werden (§§ 1781—84 BGB.). Dahin gehören vor allem Minderjährige, Gemeinschuldner, Gebrechliche, die nach § 1910 BGB. zur Besorgung ihrer Angelegenheiten einen Pfleger erhalten haben, die der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig Erklärten, ferner Personen, die durch letztwillige Anordnung des Vaters ausgeschlossen sind (§ 1782 BGB.); früher gehörten hierher auch verheiratete Frauen (§ 1783 BGB.).

Durch Jugendwohlfahrtsgesetz § 48 ist diese Bestimmung aufgehoben worden; zu erwähnen wäre noch § 1784 BGB.

---

3) Vergl. Art. 136.
4) Vergl. die Ausführungen in der Einleitung S. 9.
5) Bayer. Ob.LG. 43, 377 ff.
6) Bayer. Ob.LG. 24, 109: Zu hohes Alter und körperliches Gebrechen können die Uebergehung eines Berufenen rechtfertigen.
7) Dernburg, § 111, III, S. 388.

Hiernach sollen Beamte, Geistliche, Angehörige der Wehrmacht[8]) nur mit Erlaubnis ihrer Vorgesetzten zum Vormund bestellt werden.

Während die Bestellung eines unfähigen Vormunds nichtig ist und seine Rechtshandlungen unwirksam sind, ist die Bestellung eines untauglichen Vormunds gültig und seine Rechtshandlungen wirksam.

Die Uebernahme der Vormundschaft ist eine Bürgerpflicht. es besteht deshalb eine gesetzliche Pflicht zur Uebernahme dieses Amtes. Gewissen Personen ist nach § 1786 BGB. aber erlaubt, die Ernennung abzulehnen; sämtliche Ablehnungsgründe, deren einzelne Behandlung zu weit gehen würde, sind dort ausschließlich aufgezählt. Frauen konnten früher stets ablehnen, heute ist dies nur noch in beschränktem Maße möglich. Dieser Zustand wurde geändert durch die Bestimmungen des § 48 des JWG.

Das Ablehnungsrecht erlischt generell, wenn es nicht vor der Bestellung bei dem Vormundschaftsgericht geltend gemacht wird. Grundlose Verweigerung der Uebernahme der Vormundschaft gibt dem Gericht das Recht, (dem Vormund) Ordnungsstrafen aufzuerlegen. Daneben haftet er für den in der Zwischenzeit dem Mündel entstandenen Schaden. Diese Bestimmung findet jedoch auf Amts-, Anstalts- und Vereinsvormundschaften keine Anwendung.

In allen Fällen kann neben dem Vormund ein Gegenvormund bestellt werden. Dies soll nach § 1792 BGB. dann geschehen, wenn mit der Vormundschaft eine nicht unerhebliche Vermögensverwaltung verbunden ist. Für den Gegenvormund finden dieselben Vorschriften über Berufung und Bestellung wie für den Vormund Anwendung. Zu den Aufgaben des Gegenvormunds gehört die Ueberwachung der Amtsführung des Vormunds und Mitwirkung bei gewissen Rechtshandlungen[9]) (§ 1799 BGB.). Neben dem Amtsvormund (Jugendamt) findet die Bestellung eines Gegenvormundes nicht statt (§ 39 JWG.).

Mehrere Vormünder können bestellt werden, wenn besondere Gründe vorliegen, z. B. bei besonders umfangreicher und verwickelter Vermögensverwaltung (§ 1797 BGB.). Die Vormundschaft wird dann im Zweifel von allen gemeinschaftlich (tutela indivisa) geführt, das Vormundschaftsgericht kann je-

8) Reichswehrgesetz § 33.

9) Vergl. dazu Niestroj, S. 83: Die Mitwirkung des Gegenvormunds erstreckt sich auf die Aufnahme des Mündelvermögens, auf die Anlegung und Verwaltung des Vermögens und die damit in Zusammenhang stehenden Fragen.

doch die Führung der Vormundschaft nach bestimmten Wirkungskreisen verteilen [10]).

Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den mehreren Vormündern muß man unterscheiden, ob eine Anordnung seitens des Vormundschaftsgerichts vorliegt oder nicht. Im letzteren Falle entscheidet das Vormundschaftsgericht in der Weise, daß es der einen oder der anderen Meinung beitritt. Staudinger [11]) sagt hierzu, daß dies zwar nicht im Gesetz stehe, aber mit Notwendigkeit aus der selbständigen Stellung des Vormunds zu folgern ist. Der Vormund ist demnach selbständig, er ist in seinen Entschließungen frei; aber er ist nicht so selbständig wie der Inhaber der elterlichen Gewalt. Nach § 1837 BGB. führt das Vormundschaftsgericht über die gesamte Tätigkeit des Vormundes Aufsicht und schreitet durch Ver- und Gebote ein.

Die Aufsicht des Vormundschaftsgerichts erstreckt sich aber nur auf die Tätigkeit, bei bloßer Zweckmäßigkeit hat der Vormund selbst zu entscheiden.

Im Archiv [12]) für ziv. Pr. führt Josef weiter aus, daß der Richter nur eingreifen darf, wenn eine Pflichtwidrigkeit des Vormunds vorliegt. Das Gericht ist auch ermächtigt, bei Zweckmäßigkeitsfragen einzuschreiten, eine Pflichtwidrigkeit setzt aber stets Verschulden auf seiten des Vormunds voraus, d. h. der Vormund hat seine Entschließungen nicht mit genügender Sorgfalt getroffen. In Zweckmäßigkeitsfragen ist der Richter jedoch nicht in der Lage, seine Ansicht an die Stelle der des Vormunds zu setzen, obwohl der Vormund Ansichten aufstellt, die nach Meinung des Vormundschaftsrichters für den Mündel objektiv nicht vorteilhaft sind.

Aus vorstehendem kann man entnehmen, daß das Vormundschaftsgericht im allgemeinen keine eigene Ansicht aufstellen darf, da der Gesetzgeber bestrebt war, die Stellung des Vormunds mit weitgehender Selbständigkeit auszustatten, nur in konkreten Einzelfällen kann das Vormundschaftsgericht von seiner übergeordneten Stellung Gebrauch machen.

10) Bayer. Ob.LG. vom 4. III. 1904, Bd. 5, S. 120: Bestritten ist, wer von mehreren Vormündern die Oberleitung führt, für die Bejahung der Frage treten ein: Fuchs, S. 95; Boehm, S. 76; Blume, Bem. 3; Endemann, § 218, Anm. 51; dagegen Planck, Bem. 7; RGRK., Bem. 1; Crome, § 625, Anm. 47.

11) Siehe § 1797, 4 b, S. 1427; ebenso Planck, 3. Aufl., Bem. 5 zu § 1797; RGRK., Bem. 1; Enneccerus-Kipp-Wolff, § 119, II, 2, S. 515; Endemann, § 218, Anm. 45; Schultheis, S. 60. — Dagegen Dernburg, § 105, III, S. 374; Blume, Bem. 4; Schultetus, S. 125. — Selbstverständlich ist das Vormundschaftsgericht auch berechtigt, die Meinung aller Vormünder zu verwerfen. (Staudinger bezieht sich für diese Ansicht auf Enneccerus, § 119, Note 2.)

12) Vergl. Archiv f. ziv. Pr. 97, 108 ff., herausgeg. von Heck-Rümelin-Schmidt-Nußbaum.

2. Die Führung der Vormundschaft.

Die Aufgaben des Vormunds bestehen ähnlich der des elterlichen Gewalthabers in der Personen- und der Vermögensfürsorge des Mündels, er ist der gesetzliche Vertreter des Kindes, ausgenommen bei Interessenkollisionsfällen (§§ 1793 bis 1796 BGB.); der Vormund muß sein Amt stets selbst führen, nur das Jugendamt kann die Ausübung der Vormundschaft seinen Beamten übertragen, diese sind dann die gesetzlichen Vertreter des Mündels. Der Inhalt der Personenfürsorge des Vormunds ist der gleiche wie bei der elterlichen Gewalt.

Nur die religiöse Erziehung kann ihm entzogen werden, nämlich dann, wenn er einem anderen Bekenntnisse angehört als dem, in welchem der Mündel zu erziehen ist. In diesem Falle ist zur Sorge für die religiöse Erziehung ein Ergänzungspfleger zu bestellen (§ 1909 BGB.).

Neben der unehelichen Mutter, neben der ehelichen minderjährigen Mutter und bei verheirateten weiblichen Mündeln beschränkt sich die Personenfürsorge nur auf die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten.

Die Vermögensfürsorge des Vormunds umfaßt die Verwaltung des Vermögens ohne Nutznießung. Zur Verwaltung gehören folgende Pflichten:

1. Anfertigung eines Inventars; das Verzeichnis hierüber muß dem Vormundschaftsgericht eingereicht werden (§ 1802 BGB.);
2. der Vormund kann nicht namens des Mündels Schenkungen vornehmen (§ 1804 BGB.);
3. was der Mündel von Todes wegen erwirbt oder was ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, hat der Vormund nach den Anordnungen des Erblassers oder des Dritten zu verwalten (§ 1803 BGB.).

Zu gewissen Rechtsgeschäften ist die Zustimmung des Gegenvormunds nötig, zu anderen die des Vormundschaftsgerichts (§§ 1813, 1814, 1821 ff. BGB.). Hat der Vormund trotz dieser Vorschriften ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einen Vertrag geschlossen, so ist dieser schwebend unwirksam, seine Wirksamkeit hängt von der nachträglichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ab. Ein selbständiges Rücktritts- oder Widerrufsrecht des Vormunds steht nicht in Frage, weil ein wirksamer Vertrag noch nicht zustande gekommen ist[13]). Der Schwebezustand wird erst

13) So Staudinger zu § 1829, 3 b; Fuchs, Bem. 1; Schultheis, S. 262.

dann beendet, wenn das Vormundschaftsgericht dem Vormund die nachträgliche Genehmigung erteilt und der Vormund dies dem Dritten mitteilt. Diese Mitteilung ist als eine Willenserklärung aufzufassen, sie hat rechtsgeschäftlichen Charakter, der Vormund genehmigt damit auf Grund der ihm hierzu vom Vormundschaftsgericht erteilten Ermächtigung den Vertrag selbst[14]).

Der Dritte ist in der Schwebezeit zwar gebunden, da es sich um ein negotium claudicans handelt, er kann jedoch widerrufen, wenn der Vormund wahrheitswidrig die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts behauptet hat. Der Dritte kann den Vormund zur Mitteilung auffordern. Bei einseitigen Rechtsgeschäften, die der Vormund trotz Mangels der Genehmigung geschlossen hat, ist von Anfang an völlige Nichtigkeit gegeben, die auch durch nachträgliche Genehmigung nicht geheilt werden kann (§ 1831 BGB.).

Der Vormund soll Mündelgeld zinsbar und sicher anlegen; welche Anlagen als sicher anzusehen sind, ergibt sich aus BGB. §§ 1807—1810 und den Landesgesetzen. In anderen Anlagen darf er sonst Mündelgeld nicht unterbringen. Durch Reichsgesetz vom 23. Juni 1923 ist eine Abänderung dahin getroffen worden, daß das Vormundschaftsgericht dem Vormund jedoch eine andere Anlage gestatten kann[15]).

Als weitere Sicherheit für die Vermögensfürsorge des Mündels sieht der Gesetzgeber ferner vor, daß der Vormund Inhaberpapiere und blankoindossierte Orderpapiere[16]) bei einer amtlichen Hinterlegungsstelle oder bei der Reichsbank mit der Bestimmung zu hinterlegen hat, daß die Herausgabe der Papiere nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfolgen darf. Staatspapiere muß er im Schuldbuch auf den Namen des Mündels eintragen lassen.

Zu beachten ist noch die Vorschrift, daß der Vormund Mündelgut für sich nicht verwenden darf[17]), tut er es trotzdem, so muß er es verzinsen (§ 1834 BGB.).

Als oberstes Prinzip für die Führung der Vormundschaft gilt das Interesse des Mündels. Dieses Interesse geht sogar dem des Vormunds vor[18]). Kohler sagt dazu, „daß die Stellung zum Mündel nicht die Stellung eines Mandatars zum Mandanten ist, sondern die Stellung eines öffentlichen Gewalt-

14) Bayer. Ob.LG. 5, 407 ff.
15) Kipp in Gruchots Beiträgen Bd. 66: Mündelsicherheit.
16) Vergl. WO. Art. 8, 9, 12, 13, 98; HGB. §§ 222, 363, Scheckgesetz § 8.
17) Dernburg, S. 399, § 115, IV.
18) Kohler, S. 481, § 109, V, 3.

trägers, der in Angelegenheiten eines ihm Untergebenen tätig ist". —

Der Vormund hat daher bei der Verwaltung des Mündelgutes alle erdenkbare Sorgfalt anzuwenden. Vor- und Gegenvormünder haften als Gesamtschuldner für jedes Verschulden (§ 1833 BGB.), während nach gemeinem Recht nur für culpa in concreto gehaftet wurde.

Für Aufwendungen, die der Vormund bei der Führung der Vormundschaft trifft, kann er nach den Grundsätzen des Auftrages Ersatz verlangen.

Von den Aufwendungen sind die Schäden zu unterscheiden, die ihm bei Gelegenheit der Führung der Vormundschaft entstehen; solche Schäden sind nicht zu ersetzen [19]). Von dem Ersatz der Aufwendungen ist weiterhin die Vergütung für Führung der Vormundschaft zu unterscheiden. Da das Amt des Vormunds — wie oben ausgeführt wurde — ein munus publicum ist, ist es grundsätzlich unentgeltlich; das Vormundschaftsgericht kann jedoch im Falle des § 1836 BGB. dem Vormund eine angemessene Vergütung bewilligen.

Das Gesetz hat den Eltern die Möglichkeit gegeben, durch testamentarische Bestimmung den Vormund als sog. befreiten Vormund einzusetzen, d. h. ihn von gewissen gesetzlichen Beschränkungen zu befreien. Die Befreiungen beziehen sich dann auf das Gesamtvermögen des Mündels. Es kann insbesondere Gegenvormundschaft, Hinterlegungspflicht usw. ausgeschlossen werden.

Der befreite Vormund ist dagegen nicht entbunden von der Pflicht, die Gelder mündelsicher anzulegen. Das Vormundschaftsgericht kann aber derartige testamentarische Anordnungen außer Kraft setzen, wenn die Befolgung dieser Anordnungen das Interesse des Mündels gefährden würde.

Stets befreiter Vormund kraft Gesetzes ist der Amtsvormund (§ 33 JWG.).

3. Beendigung der Vormundschaft.

Die Vormundschaft endet mit dem Wegfall der Voraussetzungen ihrer Anordnung, z. B. mit der Volljährigkeit, mit dem Tode oder der Todeserklärung des Mündels, dem Eintritt der elterlichen Gewalt, z. B. Adoption, Ehelichkeitserklärung, Wiederherstellung der elterlichen Vertretungsbefugnis.

---

19) Enneccerus, § 117, S. 511 verneint einen Ersatzanspruch des Vormunds, während v. Blume, § 1835, 6 und Fuchs, § 1835, 5 unter gewissen Umständen den Ersatzanspruch bejahen.

Mit der Feststellung des Familienstandes endet auch beim Findelkind die Vormundschaft; jedoch nur, wenn sich ergibt, daß der Mündel nicht mehr vormundschaftsbedürftig [20]) ist.

Von den Beendigungsgründen der Vormundschaft sind zu unterscheiden die Gründe, bei denen das Amt des Vormundes endet. Sein Amt endet insbesondere:

1. mit seiner Entmündigung;
2. mit seinem Tode oder seiner Todeserklärung (§ 1885 BGB.);
3. mit seiner Entlassung (§ 1886 BGB.). Letztere erfolgt entweder:

a) auf Antrag des Vormundes bei Anführung eines wichtigen Grundes,

b) von Amts wegen bei Pflichtverletzung [21]) oder bei Unfähigkeit (§§ 1885—89 BGB.). Gegen die Entlassung hat der Vormund die sofortige Beschwerde (§ 60 FGG.), vorläufige Entlassungen sind vom Gesetz nicht vorgesehen, wohl aber Anordnungen von einstweiligen Maßregeln [22]). Zu bemerken ist noch, daß § 1887 BGB. durch § 48 JWG. aufgehoben ist.

Die Beendigung hinterläßt nun gewisse Nachwirkungen, genau wie eine beendete elterliche Gewalt.

Nach Beendigung des Amtes hat der Vormund das Mündelvermögen herauszugeben und über die Verwaltung die sog. Schlußrechnung [23]) abzulegen. Wird die Schlußrechnung vom Vormundschaftsgericht nicht als richtig anerkannt, so kann das Vormundschaftsgericht keine weiteren Entscheidungen treffen, der Streit ist vielmehr im Prozeßwege zum Austrag zu bringen. Das Vormundschaftsgericht kann auch hier den Vormund durch Ordnungsstrafen nur zur Einreichung einer formell ordnungsmäßigen Rechnungslegung anhalten. Die Richtigkeit der Rechnung und die Herausgabe des Mündelvermögens kann nur durch Klage erzwungen werden.

II. Vormundschaft über Volljährige.

Grundsätzlich sind Volljährige mündig, sie können sich daher auch nicht selbst unter Vormundschaft stellen; nur wenn sie entmündigt werden, tritt dieses Institut auch für sie in

---

20) Enneccerus, § 125, 5, S. 543.

21) Bayer. Ob.LG. Recht 1911, Nr. 521; Recht 1917, Nr. 2127/28; Recht 1919, Nr. 1683; Bd. 18, S. 183 ff.; 206 ff.; Bd. 19, S. 114 ff.

22) Kohler, § 118, VI, S. 507.

23) Soergel zu § 1890, S. 1712: Die Rechenschaftspflicht umfaßt die ganze Dauer der Amtsführung.

Kraft. Daher bleibt es völlig gleich, ob sie mit Recht oder mit Unrecht entmündigt werden (§ 1896 bis § 1905 BGB.). Die Vormundschaft ist auch hier stets Dativtutel. Berufen sind als Vormünder: Der eheliche Vater des Kindes, die eheliche Mutter des Kindes, der Vatersvater, der Muttersvater. Vor allen darf, ohne berufen zu sein, der Ehegatte des Mündels bestellt werden. Vater und Mutter als Vormünder haben in der Regel die Stellung von befreiten Vormündern (§§ 1903, 1904 BGB.). Im übrigen gelten die Grundsätze von der Vormundschaft über Minderjährige. Als Entmündigungsgründe kommen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung und Trunksucht in Frage.

Die Vormundschaft wird erst angeordnet, nachdem der Entmündigungsbeschluß rechtskräftig geworden ist, bis dahin ist daher der zu Entmündigende, außer bei Geisteskrankheit voll geschäftsfähig. Da z. B. bei Verschwendern die Gefahr besteht, daß der zu Entmündigende vor Rechtskraft des Beschlusses sein Vermögen vergeudet, ist vom Gesetz das Institut der *vorläufigen* Vormundschaft geschaffen worden (§ 1906 BGB.). Diese kann angeordnet werden, sobald die Entmündigung beantragt ist. Voraussetzung ist Abwendung einer erheblichen Gefährdung der Person oder des Vermögens des Volljährigen. Es müssen erhebliche objektive Gründe für die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft sprechen, andernfalls macht sich das Vormundschaftsgericht schadenersatzpflichtig[24]). Gegen mißbräuchliche Benutzung dieser gesetzlichen Einrichtung ist vom Gesetz die Beschwerde gegeben worden (siehe weiter unten).

Man findet keine Vorschriften im BGB., wonach der zu Entmündigende vor seiner Bevormundung gehört werden muß; zu beachten ist jedoch die Vorschrift des § 1847 BGB. Die Vorschriften über die Berufung zur Vormundschaft gelten für die vorläufige Vormundschaft nicht (§ 1907 BGB.). Die vorläufige Vormundschaft ist aber auch *keine* Pflegschaft; denn sie bewirkt bereits vor dem Entmündigungsbeschluß eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit[25]) (§ 114 BGB.). Der unter vorläufige Vormundschaft Gestellte hat gegen deren Anordnung die sofortige Beschwerde[26]) (§ 60 FGG.).

Die vorläufige Vormundschaft wird wirksam mit der Bekanntmachung an den Mündel, sie endet mit der Rücknahme

24) Vergl. Dernburg, § 126, S. 445.

25) Kohler nennt dies eine capitis deminitio für den Mündel, § 120, S. 510.

26) Sofortige Beschwerde gegen Anordnung § 60, Z. 5 FGG.; einfache Beschwerde gegen Ablehnung § 57, Z. 2 FGG.; Soergel zu § 1906.

und mit der rechtskräftigen Abweisung des Entmündigungsantrags (§ 1908 BGB.). Sie wird ferner aufgehoben mit der endgültigen Bestellung eines definitiven Vormunds, ferner, wenn der Mündel des vorläufigen vormundschaftlichen Schutzes nicht mehr bedarf.

D. Pflegschaft.

Die Pflegschaft unterscheidet sich von der Vormundschaft, wie wir in der Einleitung bereits ausgeführt haben, dadurch, daß die Vormundschaft Allgemeinfürsorge für Personen und Vermögen umfaßt, während die Pflegschaft grundsätzlich nur dann anzuordnen ist, wenn das Bedürfnis vormundschaftlichen Schutzes für einzelne Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten vorliegt. Darüber hinaus gehen nur die Bestimmungen der §§ 1909, 1910 BGB., die wir weiter unten eingehend erörtern werden. Ein weiterer wesentlicher Unterschied von der Vormundschaft besteht darin, daß der unter Pflegschaft Gestellte voll geschäftsfähig bleiben kann.

Ein drittes Unterscheidungsmerkmal ist auch darin zu erblicken, daß das Gesetz selbst den Wirkungskreis des Vormunds umgrenzt, während dem Pfleger seine Rechte und Pflichten vom Vormundschaftsgericht angegeben werden.

Der Vormund hat im Zweifel stets die Vermutung für sich, gesetzlicher Vertreter des Mündels zu sein, während dem Pfleger bei seinem eng umgrenzten Wirkungskreis [1]) eine derartige Stellung nicht zugesprochen werden kann. Bei der Bestellung des Pflegers gelten die Vorschriften über die Vormundschaft. Nach § 1915 BGB. braucht neben dem Pfleger kein Gegenvormund bestellt zu werden.

Das BGB. unterscheidet zwei Gruppen von Pflegschaften. Einmal handelt es sich um die Fälle, wo der unter elterlicher Gewalt Stehende für Angelegenheiten, an deren Besorgung der Gewalthaber oder der Vormund verhindert ist, einen Pfleger erhält. Es ist dies der Fall der Ergänzungspflegschaft.

Daneben sind im Gesetz auch Fälle vorgesehen, in denen die Pflegschaft von elterlicher Gewalt und Vormundschaft vollständig unabhängig ist. Man nennt sie selbständige Pflegschaft. Eine Ausdehnung dieser Vorschriften hierauf im Wege der Analogie ist unzulässig [2]).

1) Vergl. hierzu Enneccerus, Der Geschäftskreis des Pflegers bestimmt sich nach dem Bestellungsakt. (§ 128, S. 552.)

2) So Staudinger, IV, 2, 1456, 2 c; Planck, IV, 802, 2; v. Blume, 155, 3. — a. A. Endemann, II, 2, 850, 3.

I. Einzelne Fälle.

1. Ergänzungspflegschaft § 1909 BGB.

Wie die Vormundschaft wird auch die Pflegschaft von Amts wegen angeordnet, nur im Falle von § 1850 kennt das BGB. eine richterliche Pflegschaft. — Tritt das Bedürfnis einer Pflegschaft ein (§ 1909 Abs. 2 BGB.), so muß dem Vormundschaftsgericht unverzüglich Mitteilung hiervon gemacht werden[3]). Es handelt sich hier jedoch nur um eine Sollvorschrift, das Vormundschaftsgericht hat deshalb nicht die Befugnis, den Gewalthaber zur Anzeige zu zwingen. Unterbleiben aus Vorsatz und Fahrlässigkeit Benachrichtigungen, so macht sich der Gewalthaber oder der Vormund der schutzbefohlenen Person gegenüber schadensersatzpflichtig (§§ 1833, 1915 BGB.).

Das Vormundschaftsgericht hat auf Grund des Antrages zu prüfen, ob für den gegebenen Tatbestand eine dem Wortlaut des § 1909 BGB. entsprechende Pflegschaft anzuordnen ist. Eine materielle Prüfung steht dem Vormundschaftsgericht aber nicht zu[4]). Aus einem formellen Grunde darf die Pflegschaft aber nicht abgelehnt werden, das Vormundschaftsgericht hat vielmehr die Einleitung der Pflegschaft von Amts wegen anzuordnen. Dies gilt besonders bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Gewalthaber und Kind, Vormund und Mündel.

Die Pflegschaft ist, wie bereits ausgeführt wurde, eine Abart der Vormundschaft. Dies geht besonders deutlich aus dem Wortlaut des § 1915 BGB. hervor. Für die in § 1909 BGB. anzuordnende Pflegschaft (Ergänzungspflegschaft) sollen die Vorschriften über Vormundschaft n i c h t gelten.

Sie ist vielmehr eine neben die elterliche Gewalt oder Vormundschaft tretende Ergänzungspflegschaft. Dem Vormundschaftsgericht liegt hier selbst ob, den Pfleger auszuwählen, während es nach den allgemeinen Bestimmungen dem Vater des Kindes überlassen war, den Berufenen zu bestimmen. Die Ergänzungspflegschaft des § 1909 BGB. soll ferner jede Kollision zwischen den Interessen des Kindes und denen seines Gewalthabers verhindern, daher soll der Pfleger auch nicht dem Kreise der nächsten Angehörigen des Kindes angehören. Diese Vorschrift findet nur eine Einschränkung in § 1917 BGB., wonach bei einer Zuwendung an das Kind seitens des Dritten diesem die Benennung des Pflegers überlassen bleibt. Es können natürlich auch für den in der letztwilligen Verfügung

3) Vergl. v. Blume, Bem. 4 zu § 1796; Staudinger, Bem. 1 b zu § 1796.
4) Vergl. Ob.LG. 14, S. 276; 41, S. 79; Staudinger, IV, 2, 1460; Fuchs, 438, 3; Planck, IV, 804, 2 c.

Benannten befreiende Anordnungen getroffen werden. Gefährden aber die Anordnungen das Interesse des Pflegebefohlenen, so können sie vom Vormundschaftsgericht [5]) entsprechend abgeändert werden.

Lebt der Dritte noch und will der Pfleger von seinen Anordnungen abgehen, so braucht er dazu dessen Einwilligung. Nur wenn der Dritte zur Abgabe dieser Erklärung dauernd außerstande ist (z. B. infolge von Geisteskrankheit), kann seine Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden (§ 1917 Abs. 3, S. 2 BGB.).

Entsprechend den Bestimmungen der Vormundschaft kann auch neben einer Pflegschaft ein weiterer Pfleger noch bestellt werden. Dies ist dann der Fall, wenn letzterer an der Besorgung einer ihm obliegenden Angelegenheit tatsächlich oder rechtlich verhindert ist. Es handelt sich um den Fall, daß ein Abwesenheitspfleger unter den Gesichtspunkten des § 1795 BGB. an der Vertretung verhindert ist. Ist dies gegeben, so muß ein anderer (weiterer) Pfleger bestellt werden.

Fällt das Hindernis fort, so stellt das Vormundschaftsgericht den Berufenen an Stelle des bisherigen Pflegers.

Nach § 1909 Abs. 3 BGB. ist eine Pflegschaft auch dann anzuordnen, wenn die Voraussetzungen einer Vormundschaft vorliegen, der Vormund aber noch nicht bestellt ist. Der sofortigen Bestellung des Vormunds muß also ein Hindernis im Wege stehen; da aber der Pflegebefohlene des vorläufigen Schutzes nicht entbehren darf, wird für ihn umgehende Fürsorge getroffen. Die Pflegschaft des § 1909 BGB. hat einen Mangel in der Geschäftsfähigkeit des Pfleglings zur Voraussetzung, während die vorläufige Vormundschaft des § 1906 BGB. einen derartigen Mangel zur Folge hat [6]).

Das Vormundschaftsgericht hat nach Ansicht von Staudinger [7]), Blume [8]) und Endemann [9]) kein alternatives Wahlrecht, ob es eine vorläufige Vormundschaft oder Pflegschaft anordnen soll, während Fuchs [10]), Planck [11]), Schultetus [12]) und

5) Die Abweichung muß eng aufgefaßt werden, so Staudinger, Bem. 3 zu § 1917; Planck, Bem. 4 zu § 1917; Schultetus, S. 213. — a. A. v. Blume, Bem. 1 zu § 1917; Fuchs, S. 271.

6) Eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit nach § 114 BGB. wird durch eine solche vorläufige Pflegschaft nicht herbeigeführt; Warneyer, S. 976 zu § 1909, III; Staudinger, IV, 2, 1462, 4 b; v. Blume 159, III; Planck, IV, 819; Dernburg, IV, 446; Fuchs, 440 a. — a. A. Schultheis, S. 215.

7) § 1909, 4 c, S. 1646.

8) Bem. 3 zu § 1909.

9) § 227, 3 b.

10) S. 257 u. 273.

11) Bem. 8 zu § 1909.

12) S. 210, 212.

Hesse[13]) der Meinung sind, daß die Wahl zwischen vorläufiger Pflegschaft und vorläufiger Vormundschaft dem Vormundschaftsgericht überlassen bleibt und dieses die Frage danach zu entscheiden hat, ob das Fürsorgebedürfnis ein allgemeines ist.

Diese vorläufige Pflegschaft deckt sich denn auch in ihren Wirkungen mit denen einer Vormundschaft, nur mit der Einschränkung, daß sie von kurzer Dauer ist. Man nennt die in § 1909 Abs. 3 BGB. geregelte Pflegschaft deshalb auch vorläufige Pflegschaft.

Lehnt das Vormundschaftsgericht die Anordnung einer Pflegschaft ab, so steht hiergegen jedem rechtlich Interessierten der Beschwerdeweg offen[14]).

Die Anordnung einer Pflegschaft kann nur im Beschwerdewege, niemals durch Klage angefochten werden[15]). Ist eine Pflegschaft angeordnet, obwohl die notwendigen Voraussetzungen dazu fehlen, so ist sie dennoch rechtswirksam; sie kann im Beschwerdewege angefochten und muß dann eventuell vom Vormundschaftsgericht aufgehoben werden[16]). Nach § 1919 BGB. wird die Pflegschaft aufgehoben, wenn die Voraussetzungen ihrer Anordnung weggefallen sind. Blume[17]) will eine Ausnahme für den Fall der Unmündigkeit des Pfleglings machen, er führt aus, daß, da nach § 1918 Abs. 1 BGB. die Pflegschaft für eine unter elterlicher Gewalt stehende Person mit der Beendigung der elterlichen Gewalt ende, auch die Anordnung der Pflegschaft unwirksam sein müsse, wenn eine Ergänzungspflegschaft aus § 1909 BGB. irrtümlich für einen mündigen Volljährigen angeordnet worden sei. Dem ist aber entgegen zu halten, daß § 1918 Abs. 1 BGB. zu seiner Anwendbarkeit erfordert, daß die elterliche Gewalt tatsächlich einmal bestanden hat. Auf den Fall der nur irrtümlichen Annahme des Bestehens der elterlichen Gewalt kann er dagegen nicht angewandt werden.

Ein Ergänzungspfleger soll ferner überall da ernannt werden, wo der Gewalthaber an der Pflege der Interessen des Mündels verhindert ist. Die schutzbedürftige Person muß unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehen. Die Verhinderung des Gewalthabers oder des Vormundes an der Be-

13) S. 249.
14) Meene, S. 34.
15) Vergl. dazu Näheres in den §§ 20, 59, 60, 57, Abs. 1, Nr. 3 FGG.
16) v. Blume, Vorbem. 8 zu 1909; Hesse, Note 7 zu 1774; Schultetus, S. 61; Planck, Bem. 9 zu 1909; OLG. Bd. 8, S. 366. — a. A. Staudinger. Note 7 zu 1773. — Eine Mittelmeinung vertritt Kipp S. 447, § 102, V, 3.
17) Anm. 4 zu 1909.

sorgung einer oder einzelner Angelegenheiten kann eine tatsächliche oder eine rechtliche sein. Als Fälle tatsächlicher Verhinderung kommen z. B. Krankheit, Haft, Abwesenheit in Betracht; sogar Geschäftsungewandtheit des Gewalthabers oder des Vormunds kann in Frage kommen[18]).

Das Hindernis, das die Aufstellung eines Ergänzungspflegers rechtfertigt, kann sich auch als ein rechtliches darstellen. Eine rechtliche Verhinderung des Gewalthabers oder des Vormundes liegt vor, wenn und soweit ihm die Sorge für die Person oder für das Vermögen des Kindes oder Mündels nicht zusteht (§§ 1638, 1794, 1795, 1796 BGB.). Dies ist stets gegeben in den Fällen der Kollision zwischen den Mündel- und Gewalthaberinteressen. Besonders wichtig ist der Fall der rechtlichen Verhinderung[19]), der im § 1909 Abs. 1 S. 2 BGB. behandelt ist. Hiernach erhält das Kind bezw. der Mündel insbesondere einen Pfleger zur Verwaltung des Vermögens bei Erbgang oder Schenkung unter der Auflage, daß dem Gewalthaber oder Vormund die Verwaltung nicht zustehen soll. Es ist dies einer der häufigsten und auch am schwierigsten zu behandelnden Fälle der Ergänzungspflegschaft. Einerseits soll hier der letzte Wille des Erblassers gewahrt werden, andererseits soll voller vermögensrechtlicher Schutz für den Pflegebefohlenen eintreten.

Das Vormundschaftsgericht hat demgemäß vor Anordnung der Pflegschaft stets zu prüfen, ob eine Angelegenheit vorliegt, an deren Besorgung der Gewalthaber oder der Vormund verhindert ist. Die bloße Möglichkeit eines künftigen Bedürfnisses genügt nicht[20]), eine sog. Vigilanzpflegschaft[21]) kennt das BGB. nicht.

Trotz des Bestehens eines Bedürfnisses ist die Anordnung einer Pflegschaft unzulässig, wenn das Kind selbst prozeßfähig und geschäftsfähig ist (ZPO. § 52 Abs. 1, FGG. § 59; BGB. §§ 112/113), ferner wenn die elterliche Gewalt der Mutter eintritt (§§ 1684, 1685 BGB.), und wenn das Vormundschaftsgericht selbst die erforderlichen Handlungen vornimmt (§§ 1665, 1672, 1844 Abs. 2, 1846 BGB.).

---

18) Staudinger, IV, 2, 1459, 2b; Fuchs, 433c.

19) Salinger: Die Pflegschaft im Falle der Behinderung des Gewalthabers oder des Vormunds S. 60—62 in der JW. XXXII. Jahrg.: Erst wenn die Entziehung durch besonderen Beschluß ausgesprochen ist, gilt der Gewalthaber als behindert im Sinne von § 1909 BGB., dann erst Bestellung eines Pflegers.

20) Bayer. Ob.LG. Rsp. 26, 118.

21) Warneyer, S. 976, § 1909, I; OLG. Bd. 7, S. 127; Staudinger, S. 1644, § 1909, 2c; Bayer. Ob.LG. 20. Sept. 1912; Bayer. Ob.LG. Bd. 13, S. 584; KG. 27. April 1903.

Für juristische Personen kann ein Pfleger auf Grund von § 1909 BGB. nicht bestellt werden[22]).

Die Ergänzungspflegschaft endet kraft Gesetzes:

1. wenn der Pflegebefohlene gestorben ist;

2. mit der Beendigung der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft (§ 1918 BGB.).

Dasselbe gilt auch für die nach § 1909 Abs. 1 S. 2 BGB. angeordnete Pflegschaft, wenn nach dem Sinne des Zuwendenden auch dem späteren Gewalthaber die Vermögensverwaltung nicht zustehen soll[23]).

Sie hört auf, wenn sie nur zur Erledigung einer einzelnen Angelegenheit begründet war, mit deren Erledigung (§ 1918 Abs. 3 BGB.). Hierher gehören insonderheit die Fälle, bei denen ein bestimmter juristischer Erfolg herbeigeführt werden soll, so z. B. die Auseinandersetzungspflegschaft. Diese endet gemäß § 1918 Abs. 3 BGB., sobald der Auseinandersetzungsvertrag abgeschlossen ist[24]).

Ferner findet § 1918 Abs. 3 BGB. Anwendung auf Pflegschaften, die für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten angeordnet worden sind[25]).

In allen anderen Fällen hört sie auf mit der Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht, diese hat zu erfolgen, wenn der Grund zur Bestellung der Pflegschaft weggefallen ist (§ 1919 BGB.).

Die Aufhebung der Pflegschaft erfolgt durch einen Gerichtsbeschluß, der mit der Zustellung an den Pfleger wirksam wird (§ 16 FGG.)[26]).

Bei Beendigung der Pflegschaft, gleichgültig, ob sie durch Gesetz erloschen oder durch das Vormundschaftsgericht aufgehoben ist, hat das Vormundschaftsgericht Abgabe einer Schlußrechnung und Rückgabe der Bestallungsurkunde vom Pfleger zu fordern. Die Folgen der Beendigung der Pflegschaft sind damit denen der Vormundschaft ähnlich.

2. Gebrechlichkeitspflegschaft § 1910 BGB.

Als ein weiterer Hauptfall der cura personae ist die im § 1910 BGB. behandelte Gebrechlichkeitspflegschaft anzusehen. Die Gebrechlichkeitspflegschaft kam, wenn auch nicht in der

22) KGJ. 34, A. 53.

23) So Planck, Bem. 3 zu 1918; Staudinger, Bem. 1a zu 1918; v. Blume, Bem. 5 zu 1918; a. A Schultetus, S. 218.

24) KG. 1. Okt. 1920; RJ. A. Bd. 17, S. 35 ff.

25) v. Blume, Bem. 4 zu 1918; Staudinger, Bem. 1c zu 1918. — a. A. Planck, Anm. 5, Abs. 2 zu 1918.

26) Vergl. dazu Lent, § 10, S. 12/13.

heutigen Form, schon in Rom als cura debilium (L. 19 § 1 Dig. 42, 5) vor; sie wurde vom gemeinen Recht in das BGB. übernommen; das BGB. stellt zwei Typen von Gebrechlichkeitspflegern auf, einmal den allgemeinen oder Generalpfleger, dann den besonderen oder Spezialpfleger.

Die Voraussetzungen zur Anordnung einer Gebrechlichkeitspflegschaft sind in folgenden Punkten zu suchen: Der die Gebrechlichkeitspflegschaft in Anspruch Nehmende muß mit einem Gebrechen behaftet sein; Gebrechen ist eine mit dauernder Schwächung der geistigen oder körperlichen Kräfte verbundene Störung der Gesundheit[27]). Als körperliche Gebrechen kommen auch noch folgende Zustände in Betracht außer den in § 1910 Abs. 1 BGB. angeführten: Lähmung, Verkrüppelung, hochgradige oder völlige Schwerhörigkeit oder Kurzsichtigkeit[28]). Zu den geistigen Gebrechen sind vor allem Geisteskrankheit und Geistesschwäche zu rechnen[29]).

Nach § 1910 Abs. 1 BGB. kann ein körperlich gebrechlicher Volljähriger und nicht Entmündigter, der nicht imstande ist, seine Angelegenheiten zu besorgen, nur mit seiner Einwilligung einen Pfleger bekommen. Der Gebrechlichkeitspfleger ist nicht gesetzlicher Vertreter, sondern staatlich aufgestellter Bevollmächtigter; daher ist zur Bestellung auch die Einwilligung des Gebrechlichen erforderlich. Dieser Pfleger wird ihm für Person und Vermögen bestellt, es handelt sich hier um den Fall des Generalpflegers. Ein Bedürfnis zur Anordnung einer Pflegschaft ist aber dann nicht gegeben, wenn der Gebrechliche in der Lage ist, die Angelegenheit schriftlich oder durch eine bevollmächtigte Person ordnungsgemäß erledigen zu lassen[30]).

Der Umstand, daß der Gebrechliche sich im Konkurs befindet, verhindert nicht die Anordnung eines Pflegers. Der Konkursverwalter ist nicht sein Vertreter in persönlichen Angelegenheiten[31]).

Als weitere Verhinderung kann auch eine erhebliche Beschwerung bei der Besorgung von eigenen Angelegenheiten in Frage kommen[32]). Wie schon oben ausgeführt, kann die

27) Staudinger, IV, 2, 1464, 2a.
28) Planck, IV, 807, 2b.
29) Vergl. RG. 52, 240; KG. Rsp. 1, 317; 2, 234; Fuchs, 446f, 3a; Staudinger zu § 1910, 2a, S. 1648; v. Blume, 160, 2; Enneccerus, II, 2, 510, III. — Riezler, Arch. ziv. Pr. 98, 419.
30) Fuchs, 446f, 2a; v. Blume, Bem. 2b; Staudinger, IV, 2, 1664, 2b; Planck, IV, 807, 2c. — a. A. Schultheis, S. 220.
31) KG. 5. Sept. 1907; OLG. Bd. 16, S. 37 ff.
32) RGRK. 3, 555, 1; Planck, IV, 807, 2b.

Gebrechlichkeit auch auf dem Versagen der geistigen Kräfte beruhen.

§ 1910 Abs. 3 BGB. spricht nun davon, daß ein Pfleger bestellt werden muß, wenn eine Verständigung mit ihm unmöglich ist. Nimmt man nun aber an, daß mit einem Geisteskranken jede Verständigung ausgeschlossen ist[33]), so muß man feststellen, daß das Gericht ohne weiteres einen Gebrechlichkeitsvormund für alle Geschäfte des Pflegebefohlenen bestellen könnte. In diesem Augenblick wären alle Persönlichkeitsrechte beseitigt[34]). Man muß aber feststellen, daß hierbei die Person nicht entmündigt ist; infolgedessen sind alle ihre Handlungen rechtswirksam, es müßte in einem konkreten Falle gerade ein Mangel in der Willensbestimmung vorliegen. Dieser Gebrechliche würde dann auch die Verfügungsmacht über sein Vermögen verlieren, die gesamte Gewalt wäre somit bei dem Pfleger vereinigt. Dies wäre bewußt in fraudem legis, da einerseits der Pfleger zwar gesetzlicher Vertreter des Gebrechlichen sein soll, andererseits die juristische Handlungsfähigkeit des Gebrechlichen dadurch nicht herabgemindert wäre. Es muß also stets von Fall zu Fall untersucht werden, ob eine Verständigung mit dem Gebrechlichen möglich ist. Ein Recht, den Beteiligten zur Beobachtung seines Geisteszustandes in eine Irrenanstalt einzuweisen, besteht für den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht[35]). Es muß sich schon um einen völlig Geistesgestörten handeln, wenn derartige einschneidende Maßnahmen in der Verfügungsgewalt vorgenommen werden sollen.

In § 1910 Abs. 2 BGB. ist ferner der Fall vorgesehen, daß die Pflegschaft nur auf einzelne Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten, insbesondere Vermögensangelegenheiten, beschränkt wird, wenn ein Bedürfnis der Fürsorge nur in Ansehung dieser Angelegenheiten besteht.

Der Pfleger wird also nur für einzelne bestimmte Angelegenheiten bestellt: Damit tritt der Fall des Spezialpflegers in Erscheinung. Sehr bestritten ist jedoch, ob auf Grund von § 1910 Abs. 2 BGB. eine Pflegschaft angeordnet werden soll, wenn der Gebrechliche zwar durch sein Gebrechen seine gesamten Angelegenheiten zu besorgen nicht in der Lage ist, ein Bedürfnis für eine Pflegerbestellung aber in einzelnen losen

33) KG. 9. März 1905.
34) Kohler, § 123, S. 518.
35) KG. KGJ. 51, 8.

Beziehungen bestehen könnte[36]). Der Wirkungskreis einer nach § 1910 Abs. 2 BGB. bestellten Pflegschaft darf sich nur auf bestimmte Angelegenheiten oder auf einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten beziehen. Ist ein Geisteskranker jedoch bezüglich seiner gesamten Angelegenheiten fürsorgebedürftig, so ist es nötig, daß Entmündigung beantragt und vorläufige Vormundschaft angeordnet wird.

Die Berufung des Pflegers in den Fällen des § 1910 BGB. regelt sich nach den in § 1915 BGB. angegebenen Bestimmungen, d. h. die Bestimmungen der §§ 1899/1900 BGB. finden entsprechende Anwendung.

Liegen die Voraussetzungen von § 1910 BGB. vor, so ist von Amts wegen die Gebrechlichkeitspflegschaft anzuordnen, eines Antrages des Gebrechlichen bedarf es dazu nicht mehr, wohl aber seiner Einwilligung. Bei Ablehnung des Antrages hat der Gebrechliche und jeder, der an der Bestellung der Pflegschaft ein rechtliches Interesse hat, ein Beschwerderecht[37]).

Die Anordnung einer auf Grund von § 1910 BGB. bestellten Pflegschaft hat nun folgende Wirkung:

Die Geschäftsfähigkeit und die Prozeßfähigkeit des Gebrechlichen bleiben unberührt, er kann, wenn er nicht geschäftsunfähig ist (§ 104 BGB.), selbständig handeln und sich sogar bei Eingehung von Rechtsgeschäften mit der Meinung des Pflegers in Widerspruch setzen[38]). Weiter hat die Anordnung einer Pflegschaft gemäß § 1910 Abs. 1 BGB. zur Folge, daß die elterliche Gewalt des Pflegebefohlenen ruht (§§ 1676 Abs. 2; 1686 BGB.); ferner hat sie noch Einwirkung auf güterrechtliche Verhältnisse und bewirkt Unfähigkeit zur Bekleidung vormundschaftlicher Aemter usw.

Die Gebrechlichkeitspflegschaft endet kraft Gesetzes mit dem Tode des Gebrechlichen (§ 1915 Abs. 1 BGB.), ferner mit der Todeserklärung; die nach § 1910 Abs. 2 BGB. angeordnete Pflegschaft endet mit der Erledigung der Angelegenheit. Endlich kann die Gebrechlichkeitspflegschaft auch durch das Vormundschaftsgericht aufgehoben werden bei Verschollenheit des Pflegebefohlenen und wenn der Grund zur Anordnung weggefallen ist[39]) (§ 1919 BGB.).

---

36) Boehm, S. 182 hat diese Frage verneint; bejaht von Planck, Bem. 2, Abs. 3; Endemann, § 228, Anm. 6; Kipp, § 128, III, S. 555; Dernburg, S. 127, III, 2, S. 450; Hesse, Note 5; RG. 6. Okt. 1902; RG. 10. Mai 1906; RG. 31. Mai 1910; Bayer. Ob.LG. Bd. 14, S. 35; Staudinger, § 1910, 3b, S. 1649.

37) § 57, Abs. 1, Nr. 3 FGG.

38) KG. KGJ. 26, A. 23.

39) Bayer. Ob.LG. 19. Febr. 1921; Bayer. Ob.LG. Bd. 21, S. 95 ff.

Nach dem oben Ausgeführten könnte es den Anschein erwecken, als ob durch die Bestimmungen des § 1910 BGB. hinreichende Schutzfürsorge für Gebrechliche geschaffen worden sei.

Bei der Schaffung des BGB. konnte man ja auch noch nicht übersehen, wieweit dieses Institut den Anforderungen des Lebens gerecht werde.

Durch die wirtschaftliche Umwälzung der letzten Jahre, durch die ungeheure Umschichtung der Vermögensmassen mußte dieses Institut oft als Notbrücke benutzt werden, um Gebrechlichen nur einigermaßen Schutz zu gewähren. Man kann wohl sagen, daß gerade in den Inflationsjahren die mit Gebrechlichkeit Behafteten in enormen Ausmaßen geschädigt worden sind. Es resultiert heraus eine nicht zu unterschätzende Verarmung bestimmter Personen unseres Volkes, die bei ausreichenderem Schutze für gebrechliche Personen hätte vermieden werden können. Besonders die Verschleuderung von realem Grundbesitz spricht hier eine beredte Sprache.

Entweder müssen z. B. alte Leute, wenn sie die unter § 1910 BGB. aufgeführte Pflegschaft in Anspruch nehmen, wirklich noch voll geschäftsfähig sein, d. h. in hinreichendstem Maße handlungs- und prozeßfähig sein, oder ihnen muß, falls dies nicht mit Sicherheit festzustellen ist, die Geschäftsfähigkeit genommen werden, d. h. sie müssen entmündigt werden; der Pfleger muß als Vormund bezeichnet werden und hat alle erdenkliche Sorgfalt für Person und Vermögen der ihm unterstellten Personen aufzubieten.

In diesen Fällen kann man geradezu von einer Lücke im Gesetz sprechen, denn entweder muß bei einer völligen Gebrechlichkeit eine Entmündigung eintreten oder der Pflegebefohlene benötigt zu seiner Unterstützung (z. B. bei Abschluß eines notariellen Kaufvertrages) nur einen Beistand. Daß man den Gebrechlichen die Geschäftsfähigkeit belassen hatte, lag daran, daß die unter Pflegschaft Stehenden nur eine vormundschaftliche Fürsorge erhalten sollten. Man wollte Gebrechlichen, die aber sonst völlig normale Menschen sind, nicht die Geschäftsfähigkeit nehmen. Diese Befreiung ist aber vielen zum Verhängnis geworden, denn entweder sind sie von ihren Pflegern schlecht beraten worden (da diese ev. gewinnsüchtige Absichten, z. B. Vereinnahmung einer bedeutenden Provision bei Vermittlung eines Hausverkaufs im Auge hatten), und haben wertvolle Vermögensobjekte veräußert, oder sie haben in Unkenntnis der wahren wirtschaftlichen Lage Verfügungen vorgenommen, die bei ausreichendem staatlichen Schutz unterblieben wären.

3. Abwesenheitspflegschaft § 1911 BGB.

Als ein weiterer Fall der Personenfürsorge ist im BGB. die Abwesenheitspflegschaft (cura absentis) geregelt worden. Unter Abwesenheit ist Nichtanwesenheit am Wohnsitz zu verstehen [40]). Im Sinne des § 1911 BGB. ist aber auch derjenige abwesend, der mit seinen Angehörigen nicht mehr im Nachrichtenverkehr steht [41]). Die bloße Abwesenheit von einem bestimmten Ort, an dem man eine Handlung vornehmen will, genügt noch nicht, um eine Abwesenheitspflegschaft zu bestellen, sondern es muß dazu noch ein Hindernis treten, das durch die Entfernung vom Orte bedingt wird [42]).

Nach § 1911 BGB. bekommt ein abwesender Volljähriger, dessen Aufenthalt unbekannt ist, für seine Vermögensangelegenheiten einen Pfleger, wenn diese der Fürsorge bedürfen.

Diese Form der Pflegschaft kommt nur für Volljährige in Betracht, da für Minderjährige anderweitig gesorgt ist.

Die Abwesenheit kann sich auch als eine Verschollenheit herausstellen [43]); auch diese würde der Bestellung eines Pflegers nach § 1911 BGB. nicht im Wege stehen. Nach Todeserklärung des Verschollenen kann jedoch eine Abwesenheitspflegschaft naturgemäß nicht mehr angeordnet werden. Anders dagegen bei oft wechselndem Aufenthalt, wodurch die Erreichbarkeit dieser Person äußerst schwierig oder gar nicht möglich ist.

Hier kann wieder eine derartige Pflegerbestellung in Frage kommen. Die Abwesenheitspflegschaft erfordert stets das Bedürfnis der Fürsorge für Vermögensangelegenheiten des Abwesenden, nur von diesem Bedürfnis allein hängt eine Pflegerbestellung nach § 1911 BGB. ab.

Diese Pflegerbestellung bezieht sich aber nicht nur auf die laufenden Geschäfte, sondern sie umfaßt sämtliche Vermögensangelegenheiten des Abwesenden.

Die Abwesenheitspflegschaft wird auch ferner angeordnet, wenn der Abwesende an der Rückkehr und an der Besorgung seiner Angelegenheiten verhindert ist [44]), obwohl sein Aufenthaltsort bekannt ist (§ 1911 Abs. 2 BGB.).

Es handelt sich hier meistens um die Fälle der Kriegs- oder Strafgefangenschaft. Die Verhinderung braucht nicht in

40) Fuchs, 453, IIa; Planck, IV, 809, 2a.
41) Kohler, § 124, S. 519.
42) RG. 98, 263.
43) Enneccerus, I, 79, 4. — a. A. Staudinger, § 911, 2d, S. 1654.
44) Vergl. hierzu Bayer. Ob.LG. 30, 160 f.

dem selbständigen Willen des Abwesenden zu beruhen: Ob freiwillig oder unfreiwillig ist ohne Bedeutung.

Wie bereits ausgeführt wurde, muß sich das Schutzbedürfnis stets auf die Vermögensangelegenheiten des Abwesenden beziehen; dabei ist aber nicht erforderlich, daß der Abwesende Aktivvermögen [15]) zurückgelassen hat. Die Fälle der Abwesenheitspflegschaft können evtl. — wie dies oft vorkommen kann — mit denen der Nachlaßpflegschaft [16]) konkurrieren.

Ein Abwesenheitspfleger ist insbesondere auch dann zu bestellen, wenn der Abwesende zwar durch Aufträge und Vollmachten Fürsorge für seine Vermögensangelegenheiten getroffen hat, plötzlich aber Umstände eingetreten sind, die den Widerruf des Auftrages oder der Vollmacht rechtfertigen, z. B. der Beauftragte hat sich Pflichtwidrigkeiten zuschulden kommen lassen. Ob allerdings derartige Umstände vorliegen, hängt jeweils vom freien Ermessen des Vormundschaftsgerichts ab; denn die Bestellung eines Abwesenheitspflegers geschieht stets von Amts wegen.

Sie erfolgt stets im Interesse des Abwesenden, niemals im Interesse Dritter [47]), z. B. seiner Gläubiger.

Während im gemeinen Recht die Abwesenheitspflegschaft als cura rerum behandelt wurde, ist sie im BGB. als reine Personalkuratel hinsichtlich von Vermögensangelegenheiten des Abwesenden, die einer Fürsorge bedürfen, übernommen worden. Sie bezieht sich stets nur auf Vermögensangelegenheiten, erstreckt sich also nicht auf rein persönliche Angelegenheiten.

Es hängt stets vom Umfange des Schutzbedürfnisses ab, ob ein Pfleger für eine oder mehrere Angelegenheiten bestellt wird, wird er für mehrere oder für alle Vermögensangelegenheiten bestellt, so liegt auch gleichzeitig die Verwaltung des Vermögens in seiner Hand. Obwohl der Abwesenheitspfleger kein Fürsorgerecht zur Erledigung persönlicher Angelegenheiten eingeräumt bekommt, kann er dennoch einen Antrag auf Todeserklärung des Abwesenden stellen. Jedoch ist diese Annahme in der Literatur sehr bestritten [48]). Für die Berufung gelten wieder die §§ 1899 und 1900 Abs. 2 BGB.

45) Dernburg, § 127, IV, S. 452.

46) Vergl. Bayer. Ob.LG. Bd. 14, S. 632 ff.

47) Dernburg, § 127, IV, S. 451; RG. 25. Sept. 1919; Warneyer zu § 1911, S. 980; Staudinger, IV, 2, 1470; Planck, IV, 811, 4; Fuchs, 445 f, 2 c; Achilles-Greiff, zu § 1911, Anm. 6, S. 924.

48) Bejaht wird diese Ansicht von Staudinger zu § 1911 c; Planck, Bem. 3 zu 1921; RGRK. Bem. 1 zu 1631; Schultetus, S. 222; Schultheis, S. 175, Note 6. — Verneint von den ZPO.-Kommentaren (Sydow-Busch, Gaupp-Stein) zu § 962, Abs. 2 ZPO.

Die Anordnung einer nach § 1911 BGB. notwendigen Abwesenheitspflegschaft hat folgende Wirkung: Die Geschäftsfähigkeit des Abwesenden wird durch die Anordnung der Pflegschaft nicht aufgehoben. Zu beachten ist jedoch die Vorschrift über Prozeßfähigkeit in § 53 ZPO., die für den Abwesenden nicht gegeben ist.

Ferner treten auch güterrechtliche Wirkungen bei Anordnung der Abwesenheitspflegschaft ein, vergl. hierüber § 1448 Abs. 1, § 1428 Abs. 2, § 1542 BGB.

Die Abwesenheitspflegschaft endet:

1. durch Gesetz, es bedarf dann keines Aufhebungsbeschlusses durch das Vormundschaftsgericht mehr. Dies ist der Fall dann, wenn die Pflegschaft nur für einzelne Angelegenheiten angeordnet war, mit deren Erledigung kein Schutzbedürfnis mehr besteht (§ 1918 Abs. 3 BGB.). Ferner endet sie, wenn der Abwesende für tot erklärt wird (vergl. § 1921 Abs. 3 BGB.);

2. durch Aufhebungsbeschluß des Vormundschaftsgerichts[49]). Dieses hebt die Pflegschaft auf, wenn der Grund zur Anordnung weggefallen ist (§ 1919 BGB.), ferner, wenn das Vormundschaftsgericht in Erfahrung bringt, daß der Abwesende tot ist (§ 1921 Abs. 2 BGB.). Ueber das Beschwerderecht gegen vormundschaftliche Verfügungen vergleiche man § 57 FGG.

4. Leibesfruchtpflegschaft § 1912 BGB.

Obwohl nach dem Grundsatz des BGB. erst mit der Vollendung der Geburt die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt, können auch dem nasciturus schon gewisse Rechte reserviert werden, entsprechend dem Grundsatz: „Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur“ (Gaius 1, 147; I, 1, 13, 4. Dig. 26, 2, 11; Dig. 38, 16, 7).

Um die künftigen Rechte des nasciturus wahrnehmen zu können, hat das BGB. im § 1912 die Leibesfruchtpflegschaft (cura ventris) geschaffen. Die Voraussetzungen für die Bestellung eines Leibesfruchtpflegers setzen vor allem eine Leibesfrucht voraus, es muß also eine Schwangerschaft dargetan werden. Ob die Leibesfrucht ehelich oder unehelich empfangen ist, ist dabei ohne Bedeutung.

---

49) Vergl. auch den Fall, Bayer. Ob.LG. 10. Nov. 1921: Das Vormundschaftsgericht erfährt nachträglich, daß der, für den eine Pflegschaft angeordnet war, gar nicht existiert. Es hat dann sofortige Aufhebung der Pflegschaft zur Folge. — Ferner Bayer. Ob.LG. Z. Bd. 21 A. S. 352.

Nach § 1912 BGB. muß jedoch ein Schutzbedürfnis der Leibesfrucht vorliegen, also Gefährdung ihrer künftigen Rechte; nur in diesem Falle wird ein Pfleger bestellt. Dieses Schutzbedürfnis für künftige Rechte wird vor allem angenommen bei Erbfällen. Auch in den Fällen des § 844 Abs. 2 BGB., § 3 Abs. 2 Haftpflichtgesetz, § 326 ZPO. kann eine Leibesfruchtpflegschaft angeordnet werden. Ist das Kind aber bereits geboren und steht es unter elterlicher Gewalt, so ist kein Pfleger zu bestellen, die Fürsorge steht dann dem Vater oder der Mutter zu (§ 1912 S. 2 BGB.).

Auch ohne diese Voraussetzungen kann für eine Leibesfrucht ein Pfleger bestellt werden, wenn das Jugendamt[50]) oder eine unverehelichte Mutter es beantragt (§ 38 JWG.). Die Leibesfruchtpflegschaft ist wie die Abwesenheitspflegschaft Personalkuratel[51]), nicht Sachpflegschaft.

Der Pfleger ist also gesetzlicher Vertreter der Leibesfrucht. Auch hier ist seine Bestellung maßgebend für die Abgrenzung seiner Befugnisse. Für die Berufung der Leibesfruchtpflegschaft gelten die §§ 1776—78, 1915 Abs. 1 BGB. Daraus folgt, daß auch hier die Bestimmungen der Vormundschaft entsprechend Anwendung finden. Die Leibesfruchtpflegschaft wird von Amts wegen angeordnet, doch wird sie meist erst durch einen Antrag angeregt[52]).

Es gilt auch hier wieder § 57 FGG. für Beschwerden gegen die Ablehnung einer Anordnung einer derartigen Pflegschaft.

Die Leibesfruchtpflegschaft endet:

1. kraft Gesetzes mit der Geburt des Kindes (§ 1918 Abs. 2 BGB.); das gleiche gilt auch bei Totgeburt[53]); ferner, wenn die Pflegschaft nur zur Besorgung einer einzelnen Angelegenheit angeordnet war, mit deren Erledigung (§ 1918 Abs. 3 BGB.);

2. durch Aufhebung seitens des Vormundschaftsgerichts, insbesondere, wenn der Grund zur Anordnung wegfällt.

Für den Fall, daß ein lebendes Kind nicht zur Welt kommt, hört die Pflegschaft — wie schon erwähnt — auf; eine Vergütung kann der Pfleger nicht verlangen[54]).

---

50) Enneccerus, II, 2, 512, V; Kipp, § 128, S. 556.

51) Fuchs, 462, 4; Staudinger, IV, 2, 1475, 4; Planck, IV, 813, 4; Endemann, II, 2, 863; Schultetus, S. 225. — a. A. v. Blume, 163, 1.

52) Dernburg, § 127, V, S. 452.

53) RGRK. zu § 1918.

54) Bayer. Ob.LG. 22 A, 83; RGRK. 3, 561, 1; Planck, IV, 813, 7; Staudinger zu § 1913. — a. A. v. Blume, Bem. 6; Dernburg, § 127, Note 25: Ersatz der Auslagen kann von dem etwaigen Antragsteller verlangt werden.

5. Pflegschaft für unbekannte Beteiligte (§ 1913 BGB.).

Als ein weiterer Fall der Personenpflegschaft ist die im § 1913 BGB. geregelte Pflegschaft für unbekannte Beteiligte gegeben.

Als unbekannter Beteiligter kann hierbei eine juristische Person in Frage kommen[55]), dabei muß allerdings die gesamte juristische Person unbekannt sein, nicht nur ihre Vertreter. Stets muß ein Fürsorgebedürfnis für den Beteiligten vorliegen. Dies kann auch für persönliche Angelegenheiten des Beteiligten gegeben sein.

Ob ein Schutzbedürfnis für den einen oder für den anderen Fall in Frage kommt, hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu entscheiden[56]). Ist jedoch durch den Testamentsvollstrecker oder einen Nachlaßpfleger in anderer Weise für den unbekannten Beteiligten Fürsorge geschaffen worden, kommt eine Pflegerbestellung nach § 1913 BGB. nicht mehr in Frage[57]).

Nach § 1913 S. 2 BGB. kann auch für ein nondum conceptus eine Pflegerbestellung — jedoch nur für künftige Rechte — stattfinden. Dieselbe Bestimmung findet auch dann Anwendung, wenn künftigen oder durch künftige Ereignisse zu bestimmenden Personen ein Vermächtnis ausgesetzt ist[58]). Ergibt sich aber aus dem Gesetz eine andere Möglichkeit zur Pflegerbestellung für künftige Personen, so greifen die Bestimmungen des § 1913 BGB. nicht Platz. Im ausschließlichen Interesse Dritter kann eine Pflegschaft gemäß § 1913 BGB. nicht angeordnet werden.

Auch die für unbekannte Beteiligte mögliche Pflegschaft ist als eine Personalpflegschaft anzusehen. Der Pfleger ist gesetzlicher Vertreter für seinen Pflegebefohlenen. Maßgebend für seinen Wirkungskreis ist auch hier seine Bestellung. Die Hauptaufgabe des Pflegers wird regelmäßig in der Ermittlung des Beteiligten bestehen[59]). Eine Berufung kommt in den Fällen des § 1913 BGB. nicht in Frage, denn der Pfleger muß vom Vormundschaftsgericht stets ausgesucht werden. Liegen aber die Voraussetzungen von § 1913 BGB. vor, so muß von Amts wegen die Pflegschaft angeordnet werden. Gegen

55) Dernburg, § 127, VI; Fuchs, S. 267; Kipp, § 128, V, S. 557; Staudinger zu § 1913, 2a.

56) Bayer. Ob.LG. Bd. 5, S. 56 ff.

57) KG. Rsp. 34, 298.

58) Kipp, § 128, VI, S. 557.

59) Staudinger, IV, 2, 1479, 4; Planck, IV, 815, 4; Fuchs, 466, 6; RGRK., Bem. 1 zu 1913; Dernburg, § 127, VI; Endemann, § 228, Z. 4; Hesse, Note 6; Schultetus, S. 226.

die Ablehnung der Anordnung gibt es wieder die übliche Beschwerde[60]) (§ 57 Abs. 1 FGG.).

Die Pflegschaft des § 1913 BGB. endet kraft Gesetzes, wenn die Pflegschaft nur zur Besorgung einer einzelnen Angelegenheit angeordnet war, mit deren Erledigung (§ 1918 Abs. 3 BGB.), ferner mit der Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht, die erfolgen muß, wenn der Grund zur Anordnung später wegfällt (§ 1919 BGB.). Hinsichtlich der Vergütung des Pflegers gilt das gleiche, wie bei der erfolglosen Bestellung eines Leibesfruchtpflegers[61]).

E. Pflegschaft, elterliche Gewalt und Vormundschaft im Verhältnis zueinander.

I. Pflegschaft neben elterlicher Gewalt und Vormundschaft.

Bei der Gegenüberstellung dieser drei Institute läßt sich nicht vermeiden, noch einmal kurz die schon behandelten Gebiete zu streifen. Nach § 1909 BGB. kann, wie oben erwähnt, derjenige, der unter elterlicher Gewalt steht oder unter Vormundschaft, für Angelegenheiten, an deren Besorgung der Gewalthaber oder Vormund verhindert ist, einen Pfleger bekommen. Zwei Voraussetzungen sind es also, die vorliegen müssen, um eine Pflegschaft nach § 1909 BGB. eintreten lassen zu können. Erstens muß derjenige, der einen Pfleger erhalten soll, unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehen; zweitens muß es sich um Angelegenheiten handeln, die dem gesetzlichen Vertreter obliegen, an deren Besorgung er aber verhindert ist. Die Verhinderung kann tatsächlicher und rechtlicher Natur sein, ein nur tatsächlich verhinderter Gewalthaber hätte das Recht, einem Vertreter die Besorgung einer Angelegenheit zu übergeben. Es muß deshalb das Fehlen jeder anderweitigen Fürsorge vorliegen, ehe eine Pflegerbestellung in Frage kommt, eine Pflegerbestellung kommt auch dann nicht in Frage, wenn die Mutter[1]) im Falle der Verhinderung des Vaters die elterliche Gewalt übernimmt und wenn das Vormundschaftsgericht selbst das Kind oder den Mündel zu vertreten hat.

---

60) Vergl. Achilles-Greiff zu § 1913, Bem. 6.
61) Bayer. Ob.LG. 20. Mai 1922; RGRK., § 1915, Anm 1.
1) Vergl. hierzu die §§ 1665, 1684, 1685 BGB.

Liegt aber eine rechtliche Behinderung des Gewalthabers oder des Vormunds vor, kommt eine Uebertragung der elterlichen Gewalt nicht in Frage; es muß sodann ein Pfleger bestellt werden.

Es kann in vielen Fällen zweifelhaft sein, wann und ob der Gewalthaber oder Vormund an der Personen- und Vermögensfürsorge verhindert ist. Das Gesetz selbst spricht davon, daß im allgemeinen nur ein Pfleger bestellt werden soll, das Gesetz verbietet aber nicht die Bestellung von mehreren Pflegern.

Einen Gegenpfleger hat das Gesetz nicht geschaffen, es kennt dagegen einen Gegenvormund. Wird dieser für notwendig erachtet, muß er vom Vormundschaftsgericht besonders bestellt werden.

Von großer Bedeutung ist die Frage, wann man nun von einer rechtlichen Verhinderung des Gewalthabers oder Vormunds sprechen kann. Je nach Lage der Sache ist dann auch der Umfang der anzuordnenden Pflegschaft ein besonderer. Es soll zunächst der Fall erörtert werden, bei dem die Verhinderung an der Fürsorge für die Person des Kindes in dem Gewalthaber zu suchen ist. Zur Personenfürsorge gehörten bekanntlich auch Erziehungsmaßnahmen. Nach § 1666 BGB. kann das schuldhafte Verletzen dieser Rechte darin bestehen, daß er das Recht der Sorge für das Kind mißbraucht; ferner kann der Vater das Kind vernachlässigen (z. B. der Vater verweigert Unterhaltsgewährung und es besteht die Gefahr, daß auch in Zukunft keine hinreichende Fürsorge vorhanden ist. § 1666 Abs. 2 BGB.).

Die Vernachlässigung kann in den mannigfaltigsten Abarten erscheinen. Der Vater macht sich unter anderem der Vernachlässigung schuldig, wenn er einen ehrlosen und unsittlichen Lebenswandel führt und dieses unsittliche Verhalten das geistige und leibliche Wohl des Kindes gefährdet. Unsittlich ist nach § 1666 BGB. „jedes Verhalten, das gegen die guten Sitten verstößt".

Als einzelne Fälle für den in § 1666 BGB. angegebenen Tatbestand kommen vor allem in Betracht: Trunksucht, Arbeitsscheu, unsittliches Verhalten in geschlechtlicher Beziehung.

Es wird jedoch nicht immer leicht sein, festzustellen, wann der Vater das ihm zustehende Recht verletzt. Eine einmalige Verletzung wird nicht sofort behördliches Einschreiten nach sich ziehen; es muß dabei auch auf die gesellschaftliche Stellung der Eltern Rücksicht genommen werden. Nach § 1666 Abs. 1 S. 2 BGB. kann das Vormundschaftsgericht bei fortgeschrittener Verwahrlosung sogar Zwangserziehung selbst gegen den

Willen des Erziehungsberechtigten anordnen. Außerdem kann dem Vater die gesamte Sorge für die Person des Kindes entzogen werden. Dies ergibt sich aus den §§ 1666 Abs. 1 S. 1; 1656 Abs. 2; 1673 Abs. 1 und 1773 Abs. 1 BGB. Ob in diesen Fällen eine Pflegerbestellung stattfindet, ist Tatfrage und liegt in der Hand der Gerichte[2]).

Eine Vermögensfürsorge tritt ein, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt die mit der Vermögensverwaltung oder die mit der Nutznießung verbundenen Pflichten verletzt oder in Vermögensverfall gerät (§ 1667 BGB.).

Die Gefährdung muß also beruhen auf Pflichtverletzung oder Vermögensverfall des Vaters, ferner muß das Kindesvermögen in Gefahr schweben.

Im Falle der Vermögensverwaltung können allgemeine Vorschriften verletzt werden oder besondere (§§ 1664, 1642 BGB.). Es kann jedoch auch eine Verletzung der mit der Nutznießung verbundenen Pflichten gegeben sein, z. B. der Gewalthaber zieht übermäßige Früchte (§ 1039 BGB.), aber unterläßt jegliche Renovierungen; ferner bei Benutzung des Kindesvermögens durch den Gewalthaber (§§ 1650, 1651 BGB.). Das gleiche gilt bei Verletzung der Vorschriften des § 1654 BGB.

In jeder Pflichtverletzung braucht jedoch nicht gleichzeitig eine Gefährdung des Kindesvermögens für die Zukunft zu liegen. Es muß deshalb stets untersucht werden, ob die einmalige Gefährdung sich in Zukunft wiederholen kann oder für die Zukunft sich auswirkt. Ist Vermögensverfall des Vaters oder durch dessen Pflichtverletzung Gefährdung des Kindesvermögens eingetreten, so hat das Vormundschaftsgericht nach § 1667 BGB. die erforderlichen Maßregeln zu ergreifen. Sollten diese Schutzmaßnahmen nicht ausreichen, so kann das Vormundschaftsgericht noch andere Maßregeln treffen[3]); es kann vor allem dem Vater die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für das in seinen Händen befindliche Vermögen des Kindes auferlegen. Verweigert er die Sicherheitsleistung, so kann ihm vom Vormundschaftsgericht die Vermögensverwaltung entzogen und einem Pfleger übertragen werden. Diese Entziehung der Vermögensverwaltung braucht nicht ausdrücklich dem Gewalthaber mitgeteilt zu werden, es genügt die Bestellung eines Pflegers (§ 1628 BGB.).

Im Falle des § 1640 BGB. hat der Vater ein Ver-

2) Vergl. RG. Bd. 60, S. 134; Bd. 62, S. 132; Bd. 64, S. 16.

3) Planck, Anm. 3 zu 1667; v. Blume, Anm. 1 zu 1667; Kipp, § 80, VII; Bayer. Ob.LG. Recht 1916, Nr. 1538; Bayer. Ob.LG. Recht 1916, Nr. 1917/18.

mögensverzeichnis aufzustellen, hierzu ist die Bestellung eines Pflegers nicht erforderlich[4]).

Dieselbe Pflicht trifft den Vater, wenn er eine neue Ehe eingehen will, es gehören dahin die Fälle der §§ 1669, 1740, 1761 BGB. Auch hier kann, falls das Verzeichnis sich als unrichtig oder als unvollständig herausstellt, eine Pflegschaft angeordnet werden. In allen diesen Fällen hat der Gewalthaber, soweit eine Vermögensgemeinschaft zwischen ihm und dem Kinde bestanden hat, eine Auseinandersetzung herbeizuführen (§ 1669 BGB.).

Zum Zwecke der Auseinandersetzung ist dem Kinde ein sog. Auseinandersetzungspfleger zu bestellen; dessen Vertretungsmacht bezieht sich jedoch nur auf das Auseinandersetzungsverfahren. Nach § 1918 Abs. 3 BGB. endet diese Pflegschaft, wenn die Auseinandersetzung erledigt ist.

Nach § 1909 Abs. 1 S. 2 BGB. kann auch Dritten die Möglichkeit gegeben werden, dem Gewalthaber die Vermögensverwaltung zu entziehen. Die näheren Bestimmungen hierüber sind im § 1638 BGB. bereits enthalten. § 1909 BGB. bietet für diesen Fall nur eine Ergänzung.

Ohne besondere Entziehung endet gemäß § 1647 BGB. die Vermögensverwaltung des Vaters mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über sein Vermögen verhängt wird. Ob der Vater am Vermögensverfall schuldig ist oder nicht, ist dabei ohne Bedeutung, in jedem Falle hat das Vormundschaftsgericht einen Pfleger zur Verwaltung des Kindesvermögens zu bestellen. Die Mutter kann während des Konkurses des Vaters die Vermögensverwaltung des Kindes niemals übernehmen (§ 1685 BGB.). Nur beim Ruhen der Gewalt und im Falle tatsächlicher Behinderung des Vaters tritt die Mutter an seine Stelle.

Der Mutter steht nach § 1634 BGB. neben dem Vater die Sorge für die Person des Kindes zu in allen Fällen, in denen die elterliche Gewalt des Vaters ruht, wenn sie verwirkt ist, wenn ihm die Vertretung des Kindes entzogen ist.

Wenn für die Entziehung des Kindes an Stelle des Vaters ein Pfleger bestellt ist, so steht der Mutter die Sorge für die Person des Kindes neben diesem Pfleger zu (§ 1698 BGB.), wobei zu bemerken ist, daß die Mutter nicht zur Vertretung berechtigt ist.

Neben dem Vater ist dem minderjährigen Kinde in dem Vormund ein neuer Gewalthaber geschaffen worden. Genau, wie der Gewalthaber, hat der Vormund das Recht und die

4) Planck, Anm. 4 zu 1640; Staudinger, Anm. 4 zu 1640; v. Blume, Anm. 4 zu 1640.

Pflicht, für die Person und für das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere den Mündel zu vertreten (§ 1793 BGB.). Der Umfang der vormundschaftlichen Gewalt gleicht völlig der elterlichen, nur ist dessen Haftung nach § 1833 BGB. verschärft, der Vormund haftet dem Mündel für jedes Verschulden.

Wie bereits oben ausgeführt wurde, kann der Fall eintreten, daß der elterliche Gewalthaber in die Lage kommen kann, in gewissen Fällen die Fürsorge für die Person und für das Vermögen des Kindes nicht ausüben zu dürfen, nämlich dann, wenn er selbst das leibliche und geistige Wohl des Kindes in Gefahr bringt. Derartige Fälle sind dem Vormundschaftsrecht fremd.

Es können jedoch Fälle eintreten, in denen auch der Vormund an der Fürsorge für die Person des Mündels verhindert ist. Allgemein wird in einem solchen Falle das Vormundschaftsgericht den Vormund erst dann entlassen, wenn alle Aufsichtsmittel zum Schutze des Mündels erschöpft sind. Bei Pflichtwidrigkeit des Vormunds in der Personen- und in der Vermögensfürsorge des Mündels hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen über das Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit zu entscheiden[5]).

Unter Umständen kann jedoch das Vormundschaftsgericht ohne vorherige Maßregeln sofort zur Entlassung des Vormunds schreiten. Diese Befugnis steht ihm dann zu, wenn die Weiterführung des Amtes infolge von Umständen, die in der Person des Vormundes liegen, die Interessen des Mündels gefährden (§ 1886 BGB.).

Er braucht sich nur als ungeeignet für das Amt zu erweisen, um eine Entlassung durch das Vormundschaftsgericht herbeizuführen. Bei Entlassung des Vormunds ist ein neuer Vormund zu bestellen, nicht ein Pfleger. Auf das religiöse Bekenntnis des Kindes muß bei Bestellung des Vormundes Rücksicht genommen werden.

Im Falle des Wechselns der Konfession des Vormundes kann dem Kinde neben dem Vormunde ein Pfleger bestellt werden. Der Pfleger hätte dann nur in den Angelegenheiten, die sich auf das religiöse Bekenntnis beziehen, einzugreifen.

Auch der Vormund ist wie der Vater verpflichtet, das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen in einem Verzeichnis aufzunehmen (§ 1802 BGB.), dieses Vermögensverzeichnis bildet die Grundlage für seine Verwaltung und Rechnungslegung. Ist es ungenügend, so kann angeordnet werden, daß

5) Staudinger, Bem. 1 zu 1837; Planck, Bem. 1 zu 1837. — a. A. v. Blume, Bem. 2; Dernburg, § 121, S. 426.

das Verzeichnis von der zuständigen Behörde selbst aufgenommen wird (§ 1802 Abs. 3 BGB.). Eine Inventarisierung des Mündelvermögens muß in jedem Falle stattfinden, eine Befreiung hiervon ist ausgeschlossen. Das Vormundschaftsgericht kann außerdem noch vorsorgende Maßnahmen gemäß der §§ 1814 und 1844 BGB. anordnen. Diese vorbeugenden Maßnahmen bestehen vor allem in dem Verlangen auf Sicherheitsleistung, besonders dann, wenn ein großes Mündelvermögen zu verwalten ist und die Vermögensverhältnisse des Vormunds unsicher sind. So kann z. B., falls der Vormund ein Grundstück besitzt, eine Sicherungshypothek auf seinem Grundstücke eingetragen werden (§ 54 FGG.). Die Bestellung eines Pflegers ist dagegen für den Fall unzulässig, daß gegen den Vormund eine Klage auf Sicherheitsleistung eingeleitet wird. Die Rechnungslegungspflicht des Vormundes ist eine öffentlichrechtliche Pflicht gegenüber dem Vormundschaftsgericht und eine privatrechtliche gegenüber dem Kinde (Mündel)[7].

Entstehen bei der Prüfung der eingereichten Rechnung Unstimmigkeiten zwischen Vormundschaftsgericht und Vormund, so muß hierüber im ordentlichen Rechtswege entschieden werden. In diesem Falle erhält der Mündel zur Prozeßführung wiederum einen Pfleger[8] (§ 1843 Abs. 2 BGB.). Ist der Vormund der Vermögensverwaltung nicht gewachsen, so kann nebenbei ein Pfleger bestellt werden. Gewöhnlich wird allerdings dann ein neuer Vormund oder ein Gegenvormund ernannt[9].

Nach Beendigung seines Amtes hat der Vormund das verwaltete Vermögen herauszugeben, weigert er sich, so kommt es, wie schon oben ausgeführt wurde, zum Prozeß, in welchem der gesetzliche Vertreter des Mündels bezw. der nunmehr Mündige selbst Klage auf Herausgabe des Vermögens erheben.

Im allgemeinen steht dem Gewalthaber und auch dem Vormund für das Kind bezw. Mündel in allen Rechtsgeschäften volle Vertretungsmacht zu. Es können jedoch Fälle vorkommen, bei denen sich die Interessen des Gewalthabers oder Vormundes mit denen des Kindes aufs engste berühren. Damit eine derartige Interessenkollision vermieden wird, hat der Gesetzgeber ganz allgemein bestimmt, daß ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich nicht ein Rechtsgeschäft

6) Staudinger, Bem. 3 zu 1844, S. 1554; v. Blume, Bem. 1 u. 5 zu 1844; Endemann, § 215, Anm. 47; Fuchs, Bem. 4a. — a. A. Boehm, S. 105; Richter, S. 282; Crome, S. 657; Hesse, Note 3, Schultetus, S. 160.

7) Vergl. dazu Planck, Bem. 3; Dernburg, § 122, VI, S. 432; Hesse, Note 1; Schultheis, S. 67. — a. A. Schultetus, S. 148; v. Blume, Bem. 1.

8) Endemann, § 223, 1c u. 218; Boehm, S. 100.

9) Vergl. Meene, S. 20.

vornehmen kann[10]). Deshalb sind vom Gesetz im Interesse des Schutzbefohlenen die Gewalthaber oder Vormünder von der Vertretung von solchen Rechtshandlungen ausgeschlossen worden, die ihr Interesse mit dem der Schutzbefohlenen in Kollision bringen (§ 181 BGB.).

Diese Bestimmung ist im § 181 BGB. getroffen worden, hiernach darf ein Vertreter weder im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen noch als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vornehmen[11]).

Ueber diese allgemeinen Bestimmungen hinaus sind für derartige Fälle in den §§ 1630 Abs. 2 S. 1, 1686, 1795 BGB. besondere Normen geschaffen worden, wonach dem Gewalthaber kraft Gesetzes die Vertretungsmacht entzogen wird[12]). Bei Anwendung der letztgenannten Bestimmungen ist es völlig nebensächlich, ob eine Gefährdung der Interessen des Schutzbefohlenen in Frage kommt. Die Bestimmungen greifen jedoch nicht Platz, wenn das Rechtsgeschäft nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht[13]). Es können also diejenigen Schuldverhältnisse, die infolge der Führung der Vormundschaft zwischen Vormund und Mündel entstanden sind, noch während bestehender Vormundschaft zu Ende geführt werden. Gewalthaber oder Vormund können im Namen des Kindes oder des Mündels Schuldverbindlichkeiten an ihrer Person selbst, Ehegatten oder nahen Verwandten erfüllen und auch umgekehrt Forderungen von diesen Personen einziehen[14]).

Natürlich muß das Erfüllungsgeschäft in dem Rahmen der Vertretungsmacht des Vormundes liegen. § 1795 BGB. setzt die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht außer Kraft.

Wie oben ausgeführt wurde, kann der Gewalthaber oder Vormund Rechtsgeschäfte des Mündels mit sich nicht abschließen. Es kann daher der Vormund aus dem Mündelvermögen für sich ein Darlehn nicht herleiten, dasselbe Verbot trifft ihn bei Verkauf, Vermietung und Verpachtung von Mündelgegenständen. Eine Ausnahme besteht nur bei dem Mitbieten in der Zwangsversteigerung[15]). Bei Rechtsgeschäften, die Kinder bezw. Mündel unter sich schließen (z. B. Erbauseinander-

---

10) Vergl. Meene, S. 21; Hesse, S. 55.

11) v. Tuhr, Allg. Teil des BGB. II. Bd., 2. Hälfte, 1918, S. 360ff.

12) Bayer. Ob.LG. Recht 1915, 2999: Er kann im Namen des Kindes Vollmachten erteilen, obwohl seine Vertretungsmacht nicht auf andere übertragen werden kann.

13) Kipp, § 116, III, S. 506.

14) Vergl. hierzu v. Blume, Bem. 2a zu 1795. — a. A. Planck, Bem. 1, Abs. 5 zu § 1795.

15) Vergl. Mannheimer, S. 37. — a. A. Boehm, S. 113.

setzung) kommt eine Vertretung durch Vater oder Vormund wohl nie in Frage.

Dabei braucht nicht besonders untersucht werden, ob die gegenseitigen Interessen sich berühren. Gemäß der §§ 1630 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 2 und 181 BGB. ist die Vertretung durch den Gewalthaber auch dann ausgeschlossen, wenn er nur ein Kind vertritt, während für die anderen Kinder durch Pflegerbestellung bereits Fürsorge getroffen ist. Für jedes Kind muß in diesem Falle ein neuer Pfleger bestellt werden [16]).

Berühren sich aber die Interessen mehrerer Mündel desselben Vormundes miteinander, so enthält das Gesetz keine Bestimmungen, daß für diesen Fall jeder einzelne Mündel einen Pfleger bekommt. Es kann daher der Fall eintreten, daß *ein* Mündel vom Vormund vertreten wird, während für die übrigen Mündel Pfleger bestellt werden [17]). Das Vormundschaftsgericht wird aber in diesen Fällen meistens gemäß § 1796 BGB. die Vertretungsmacht dem Vormund für *alle* Mündel entziehen, da es nicht gut angeht, wenn der Vormund als Vertreter *eines* Mündels gegen den anderen tätig wird. Bei Geschwistern wird jedoch in der Regel die Bestellung *eines* Pflegers in Betracht kommen. Der Hauptfall der Pflegerbestellung dient zum Abschluß von Rechtsgeschäften zwischen den einzelnen Geschwistern als Miterben und der Auseinandersetzung, hierfür wird stets wegen einer nicht zu vermeidenden Interessenkollision die Bestellung mehrerer Pfleger nötig sein.

Der fürsorgende Schutz für Kind und Mündel geht soweit, daß das Selbstkontrahieren verboten ist und hierüber sich im Gesetz allgemein bestimmte Normen finden; es sind dies die Fälle der §§ 1630 Abs. 2 S. 1 und 1795 Abs. 1 und 3 des BGB., deren Bestimmungen eine Erweiterung des § 181 BGB. darstellen.

Der Gewalthaber oder Vormund ist von der Vertretung des Kindes oder Mündels bei Rechtsgeschäften oder Rechtsstreitigkeiten zwischen seinem Ehegatten und Verwandten in gerader Linie ausgeschlossen, dagegen enthielt § 181 BGB. nur ein allgemeines Verbot des Selbstkontrahierens.

Diese Bestimmungen greifen ganz allgemein Platz, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um Rechtsgeschäfte obligatorischer oder natürlicher Natur handelt. Auch für einseitige Rechtsgeschäfte kommen diese Vorschriften in Betracht.

16) Vergl. Endemann, § 222.

17) Planck, Bem. 4 zu § 1909; Staudinger zu § 1909, S. 1643/44; Schultetus, S. 217; Endemann, § 222, 3. — a. A. Richter, S. 463.

Es ist ausdrücklich vom Gesetz hervorgehoben, daß es sich stets um Verwandte in gerader Linie handeln muß, so daß also auf Seitenverwandte derartige Vorschriften keinerlei Anwendung finden würden. Sollten sich hier (d. h. bei Seitenverwandten) Interessenkollisionen dem Kinde oder Mündel gegenüber ergeben, so könnte vom Vormundschaftsgericht von Amts wegen im Rahmen des § 1796 BGB. dem Vater bezw. Vormund die Vertretung genommen und ein Pfleger bestellt werden.

Eine Pflegerbestellung zur Wahrnehmung der Interessen des Kindes oder des Mündels kommt auch in den Fällen der §§ 1630 Abs. 2 S. 1 und 1795 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BGB. in Frage. So z. B. bei Forderungen des Kindes oder des Mündels gegen Gewalthaber oder Vormund selbst; ferner bei Rechtsgeschäften, die die Uebertragung oder Belastung einer durch Pfandrecht, Hypothek oder Bürgschaft gesicherten Forderung des Kindes oder Mündels gegen Gewalthaber oder Vormund zum Gegenstand haben; ferner bei Rechtsgeschäften, die die Aufhebung oder Minderung dieser Sicherheiten oder die Verpflichtung zu einer solchen Uebertragung, Belastung, Aufhebung oder Minderung begründen; ferner bei Rechtsgeschäften über Angelegenheiten dieser Art[18]).

Es handelt sich hier stets um Fälle, in denen der Gewalthaber oder Vormund als Schuldner des Fürsorgeberechtigten anzusehen ist. Besonders wichtig kann die Anwendung dieser Bestimmungen für den Fall werden, daß eine durch eine Hypothek gesicherte Forderung des Kindes bezw. Mündels gegenüber dem Gewalthaber oder Vormund zurückgezahlt wird und die Hypothek im Grundbuche gelöscht werden soll.

Dabei ist es völlig gleichgültig, ob der Gewalthaber oder Vormund Eigentümer des Grundstücks ist[19]). Auch die Kündigung und die folgende Einziehung des Kapitals bringt eine Gefährdung des Kindesvermögens mit sich, da die Auszahlung an ein minderjähriges oder geschäftsunfähiges Kind nicht erfolgen darf. Dagegen kann der Vormund Forderungen Dritter für das Mündel erwerben, da dieses Rechtsgeschäft nicht unter § 1795 BGB. fällt[20]). In solchen Fällen wird aber ein Vormund, da er dem Mündel gegenüber für omnis culpa haftet, gemäß § 1909 BGB. die Bestellung eines Pflegers anstreben.

Hat der Gewalthaber oder Vormund trotz Ausschlusses seiner Vertretungsmacht im Namen des Kindes oder Mündels

18) Achilles-Greiff zu § 1795, Anm. 10 u. 11, S. 885; Kipp, § 116, III, S. 508; Staudinger zu 1795, Anm. 2, 3.
19) KG. Bd. 22, S. 29; Bd. 23, S. 245.
20) Staudinger zu § 1795, 5, S. 1422.

Willenserklärungen abgegeben, so sind diese im allgemeinen nichtig, wenn sie entgegen den Bestimmungen der §§ 1630 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB. abgegeben worden sind. Hat der Gewalthaber oder Vormund Rechtsgeschäfte im Namen des Schutzbefohlenen vorgenommen, obwohl seine Vertretungsmacht nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB. ausgeschlossen war, so muß man auch diese für nichtig erklären. In der Literatur herrscht darüber Streit, da die Meinungen vielfach dahin gehen, daß die abgegebenen Willenserklärungen von einem Vertreter abgegeben sind, dem die Vertretungsmacht fehlt (vergl. S. 14).

Es handelt sich demnach dann um Rechtsgeschäfte eines Vertreters ohne Vertretungsmacht[21] (§§ 177—180 BGB.). Durch den Ausschluß der Vertretungsmacht des Gewalthabers oder Vormunds ergibt sich, daß diese in den Fällen des § 1795 BGB. auch Rechtsgeschäfte des Schutzbefohlenen *selbst* nicht mehr genehmigen können. Liegt also Ausschluß der Vertretungsmacht vor, so muß bei Rechtsstreitigkeiten stets ein Pfleger nach § 1909 BGB. bestellt werden. Wird dagegen verstoßen, so steht der Schutzbefohlene bei zivilprozeßrechtlichen Streitigkeiten ohne Vertretung da, er kann bei Verurteilung trotz Rechtskraft die Nichtigkeitsklage erheben (§ 579 ZPO.).

Die §§ 1630 Abs. 2 S. 2 und 1796 BGB. geben dem Vormundschaftsgericht die Möglichkeit, im allgemeinen beim Vorliegen einer Interessenkollision die Vertretung dem Vormund zu entziehen. Diese Entziehung kann eine dauernde sein oder sie kann für eine bestimmte Zeit erfolgen: gemäß § 1630 Abs. 2 BGB. gelten diese Bestimmungen auch für den Gewalthaber. Die Erziehung erfolgt stets erst durch Anordnung des Vormundschaftsgerichts und nur für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Angelegenheiten[22]. Die Vertretungsmacht kann in manchen Fällen für eine einzelne Angelegenheit oder für alle Angelegenheiten eines Kaufgeschäfts dem Vormund entzogen werden. Für alle Angelegenheiten ist dann die Bestellung eines Pflegers anzuordnen[23].

21) Letztere Ansicht (siehe S. 14) wird vertreten von Staudinger, § 1795, Anm. 4b, S. 1422; Kipp, § 116, III, 6, S. 510; Boehm, S. 112; Richter, S. 91 u. 94; Fuchs, S. 81; Hoeniger, Anm. 1; Achilles Greiff; § 1795, Anm. 2; RG. 68, 39; RG. 71, 163. Dagegen verneinen die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, Plank, Bem. 3 zu 1795, Endemann, Bd. 2, § 222, 3c u. S. 805 ff.; v. Blume, Bem. 3; Cosack, § 68; Schultetus, S. 60 ff.

22) Endemann, § 222, Anm. 31.

23) Schultetus, S. 60. — In allen Fällen einer Entziehung ist eine Pflegerbestellung nicht nötig.

§ 1796 BGB. wird besonders dann in Frage kommen, wenn die Vornahme von Rechtshandlungen für den Schutzbefohlenen in gewissen Angelegenheiten durch den Gewalthaber oder Vormund für die Zukunft verhindert werden soll.

Ebenso greifen die Bestimmungen des § 1796 BGB. Platz bei Pfändung des Kindesvermögens für eine Schuld des Vaters, oder wenn es sich um die Erhebung der Widerspruchsklage (§ 771 ZPO.) handelt. Bei allen Anwendungsfällen des § 1796 BGB. bleibt jedoch das Recht und die Pflicht zur Fürsorge bestehen.

Soll diese ebenfalls entzogen werden, so müssen die Bestimmungen der §§ 1666 und 1670 BGB. angewandt werden. Ob ein erheblicher Gegensatz zwischen den einzelnen Interessen der beteiligten Personen vorliegt, entscheidet das Vormundschaftsgericht nach Anhörung der Beteiligten nach freiem Ermessen.

Es muß stets ein konkurrierendes Interesse dem anderen Interesse entgegenstehen, so daß das eine nur dann gefordert wird, wenn das andere benachteiligt wird. Erst nach dieser Feststellung erfolgt die Entziehung der Vertretungsmacht seitens des Vormundschaftsgerichts.

Der Umfang der Entziehung hängt von dem Beschluß des Vormundschaftsgerichts ab, worauf auch die Bestellung eines Pflegers zu erfolgen hat. Fallen die Voraussetzungen des § 1796 BGB. fort, wird der Zustand vom Vormundschaftsgericht wiederhergestellt, der vor der Entziehung bestanden hat, so lebt die Vertretungsmacht des Gewalthabers wieder auf.

II. Pflegschaft neben Pflegschaft (§ 1909, I und § 1915, I BGB.).

Wie bereits oben ausgeführt wurde, finden nach § 1915 S. 1 Abs. 1 BGB. die Vorschriften über die Vormundschaft auf die Pflegschaft entsprechende Anwendung. Dem Pflegebefohlenen kann gemäß § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB. für den Fall, daß der Pfleger an der Besorgung einer ihm obliegenden Angelegenheit rechtlich oder tatsächlich verhindert ist, ein weiterer Pfleger bestellt werden zur Erledigung dieser besonderen konkreten Angelegenheit.

Ist jemand z. B. nach § 1917 BGB. vom Erblasser durch letztwillige Verfügung als Pfleger berufen und fällt dieser einer vorübergehenden Behinderung anheim, hat das Vormundschaftsgericht einen weiteren Pfleger zu bestellen, bis der

Grund des Hindernisses für den ersten wegfällt[24]), d. h. das Vormundschaftsgericht hat ihn auf seinen Antrag hin an Stelle des jetzigen (neuberufenen) Pflegers wieder zum Pfleger zu bestellen[25]).

Dieser Pfleger hat dieselben Rechte und Pflichten wie der schon vorhandene und soll nicht etwa wie bei der Gegenvormundschaft eine Kontrolle darstellen.

Aus Vorstehendem geht hervor, daß in den Fällen tatsächlicher und rechtlicher Verhinderung einer dem Pfleger obliegenden Angelegenheit der pflegebefohlenen Person zur Besorgung dieser Angelegenheit stets die Bestellung eines weiteren Pflegers angeordnet wird.

Danach muß, wenn ein Abwesenheitspfleger unter den Voraussetzungen des § 1795 BGB. von der Vertretung des Abwesenden ausgeschlossen wird, zur Vornahme des Rechtsgeschäfts ein besonderer Pfleger bestellt werden.

III. Vormundschaft neben elterlicher Gewalt (§ 1676 und § 1696 BGB.).

Nach § 1676 BGB. ruht die elterliche Gewalt des Vaters, wenn er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder wenn er nach § 1910 Abs. 1 BGB. einen Gebrechlichkeitspfleger erhalten hat[26]). In diesen Fällen übernimmt die Mutter die elterliche Gewalt oder es wird ein Pfleger bestellt; die Bestellung wird ohne weiteres dann angeordnet, wenn die Mutter verstorben ist.

Neben diesem Pfleger hat die Mutter die Sorge für die Person des Kindes in derselben Weise auszuüben, wie sonst neben dem Vater[27]) (§§ 1698, 1634 BGB.). Es besteht somit in gewissem Sinne eine Pflegschaft neben der elterlichen Gewalt.

Ist dem Kind ein Vormund bestellt, weil die elterliche Gewalt des Vaters wegen Verwirkung ruht, oder wenn die Vertretung des Kindes gemäß § 1666 BGB. dem Vater entzogen ist, so hat die Mutter neben dem Vormund nur eine beschränkte elterliche Gewalt, eine Vertretung des Kindes steht der Mutter neben dem Vormund jedoch nicht zu.

---

24) Kipp, § 129, S. 559.
25) Staudinger, § 1917, Anm. 1, S. 1672.
26) Näheres siehe unter B. IV.
27) Kipp, § 82, III, Abs. 4, S. 341.

Die Nutznießung am Kindesvermögen bekommt die Mutter nur nach Scheidung der Ehe, wenn die Gewalt des Vaters ruht und ein Wiederaufleben derselben nicht zu erwarten ist.

Im Falle des § 1773 BGB., wonach dem Vater die Sorge für die Person und zugleich die Vermögensverwaltung entzogen werden kann, erhält das Kind einen Vormund[28]).

Neben dem Vormund hat dann die Mutter dieselbe Stellung wie neben einem Pfleger (§ 1698 BGB.).

Die Mutter kann außerdem die Bestellung eines Beistandes gemäß § 1687 BGB. beantragen. Dieser Beistand hat die Stellung eines Gegenvormundes. Die Hinzuziehung eines Beistandes ist jedoch nur dann zulässig, wenn der Mutter die Gewalt oder deren Ausübung zusteht, nicht dagegen, wenn die Mutter auf die Sorge für die Person beschränkt ist. Für uneheliche Mütter kommt infolgedessen diese Einrichtung nicht in Frage.

Auf Antrag der Mutter hin kann dem Beistand die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise übertragen werden, der Beistand wird dann zum Pfleger. Die Stellung der Mutter zum Beistand geht dahin, daß sie zu allen Rechtsgeschäften, zu denen ein Vormund die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormunds nötig hat, der Genehmigung des Beistandes bedarf[29]).

Die Ansicht des Beistandes ist in all diesen Fällen maßgebend.

Selbst wenn die elterliche Gewalt der Mutter wegen Minderjährigkeit ruht, hat die Mutter neben dem Vormund die tatsächliche Personenfürsorge. Diese Befugnis stellt sich als sog. Nebengewalt dar, die jedoch nicht zur Vertretung berechtigt. Für diese Zwecke erhält das Kind einen Vormund, der neben der Mutter mehr die Stellung eines Beistandes einnimmt (§ 1696 S. 2 BGB.).

Es gelten dabei dieselben Vorschriften, wie bei der Beistandsbestellung nach § 1687 BGB. Die Stellung des Vormundes neben der elterlichen Gewalt der Mutter geht dahin, daß bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen Mutter und Vormund die Meinung der Mutter vorgeht[30]). Bezieht sich die Meinungsverschiedenheit auf eine Angelegenheit, die sowohl die Sorge für die Person als auch für das Vermögen betrifft, so entscheidet das Vormundschaftsgericht[31]) (§ 1629 BGB.).

28) Kipp, § 85, V, S. 362.
29) Kipp, § 86, III, 3, S. 365.
30) Achilles-Greiff zu § 1696, Anm. 3.
31) Bayer. Ob.LG. 13, 470 ff.; dto. 3; 115; dto. 26, 208 ff.

Scharf zu unterscheiden ist schließlich noch § 1698 BGB. von § 1696 BGB., hier geht bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen Mutter und Vormund, anders wie in dem § 1696 BGB., die Meinung des Vormundes vor[32]).

Diese Bestimmung gilt insbesondere, wenn die Meinungsverschiedenheit sich auf den persönlichen Verkehr mit dem Kinde bezieht. Hierbei ist ausschließlich zur letzten Entscheidung das Vormundschaftsgericht berufen[33]).

Die Abgrenzung der Gewalt des Vormundes gegen die elterliche und das Bestehen der elterlichen Gewalt neben der des Vormundes läßt sich nicht genau festlegen, es ist daher im einzelnen Falle zu untersuchen, inwieweit der Vormund bezw. der elterliche Gewalthaber bei Meinungverschiedenheiten ausschlaggebend ist.

Das Vormundschaftsgericht wird jedoch in allen Fällen, in denen eine Vormundschaft neben elterlicher Gewalt besteht, vermittelnd eingreifen und die Grenzen der Kompetenz des einzelnen festlegen.

Da die Vormundschaft eine staatliche Schutzaufsicht für den Schutzbedürftigen darstellt, wird es auch stets im Interesse des Staates liegen, daß das Zusammenarbeiten zwischen elterlicher Gewalt und Vormundschaft möglichst reibungslos von statten geht. Diese Bestrebungen sind besonders in jüngster Zeit durch die Einrichtung des Jugendamtes gefördert und vervollständigt worden; die seit dieser Zeit bestehende Amtsvormundschaft hat sich, soweit es sich heute schon überblicken läßt, in den Ländern, in denen sie eingeführt ist, durchaus günstig bewährt; selbstverständlich bedarf auch diese Einrichtung noch des weiteren Ausbaues und der größten Pflege, damit der Staatsschutz für den Jugendlichen zu einem wohlgeordneten Hilfswerk gedeiht.

Zum Schluß möchte ich es nicht verabsäumen, meinem hochverehrten Lehrer Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Bernhard Kübler für die freundliche Anregung zu dieser Arbeit den schuldigen Dank ergebenst auszusprechen.

32) Achilles-Greiff zu § 1698, Anm. 7.
33) RG. Bd. 69, S. 94.